

Nº 40
Cuarto trimestre 2024

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 40. Diciembre 2024

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho
Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA NECESIDAD DE UNA LA LEY DE RESPONSABILIDAD SANITARIA EN ESPAÑA. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

D^a. Marta María Sánchez García17

FUNDAMENTOS, CRÍTICAS Y CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN GENERAL DEL "PIN PARENTAL" EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

D. Juan Azorín Toboso.91

EL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS MADRES ADOLESCENTES.

D^a Nuria María Garrido Cuenca.....205

«SOFT LAW» O LAS REGLAS DE BOXEO DEL MARQUÉS DE QUEENSBERRY

D. José Joaquín Jiménez Vacas281



PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. ALGUNOS
PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN RELACIÓN CON SU
ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE ASESINATO
HIPERAGRAVADO
D^a Miriam Carralero Valera.....303

DICTAMEN SOBRE UN CASO DE AGRESIÓN SEXUAL
D^a Andrea Cantos Martínez.....381

SECCIÓN INTERNACIONAL

EL ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PAÍSES
EN DESARROLLO. UNA HERRAMIENTA COMERCIAL PARA
MÉXICO
D. Rodolfo Cancino Gómez.....429

BASES DE PUBLICACIÓN.....459



EDITORIAL

En el número 40 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. Marta María Sánchez García, ganadora de la Categoría General de los premios Gabilex 2024 con el artículo que lleva por título "Reflexiones jurídicas sobre la necesidad de una la ley de responsabilidad sanitaria en España. propuesta de lege ferenda"

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Juan Azorín Toboso, ganador de la Categoría Masteres, TFG y similares, en el ordenamiento jurídico español." con el artículo que lleva por título "Fundamentos, críticas y consecuencias de la implementación general del "pin parental".

A continuación, D^a Nuria María Garrido Cuenca realiza un estudio brillante sobre "El derecho a la salud sexual y reproductiva de las madres adolescentes"

D. José Joaquín Jiménez Vacas aborda bajo el título "«Soft Law» o las reglas de boxeo del marqués de Queensberry" un comentario de investigación, en



relación con las regulaciones blandas, verdes o flexibles («soft law»).

A continuación, D^a Miriam Carralero Valera aborda un tema de máximo interés con el artículo doctrinal “Prisión permanente revisable. Algunos problemas interpretativos en relación con su ámbito material de aplicación. Especial referencia al delito de asesinato hiperagravado”

La sección nacional se cierra con la obra de D^a Andrea Cantos Martínez sobre “Dictamen sobre un caso de agresión sexual”. Un interesante artículo en el que aborda el caso práctico penal cuyo eje vertebrador es el delito de agresión sexual contra la defendida. Debiéndose tener en cuenta la pluralidad de delitos deslindados del factum, la autora realiza una calificación jurídica de los hechos y se centra en un aspecto fundamental para la resolución del mismo: la agravante genérica por razón de sexo.

La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. Rodolfo Cancino Gómez que hará las delicias de los lectores sobre “El acuerdo de contratación pública y los países en desarrollo. una herramienta comercial para México”. El Acuerdo de Contratación Pública (ACP) ofrece principios de operación que incentivan la no discriminación y una mayor apertura de amplio espectro del marco de contratación. La mayoría de los países en desarrollo, tienen compromisos contenidos en los tratados comerciales u otros mecanismos de cooperación comercial en materia de contratación, pero el ACP representa una oportunidad para combatir la corrupción y el neoproteccionismo. Una eventual adhesión al ACP



implica una serie de obligaciones, pero también muchos beneficios para detener prácticas unilaterales y discriminatorias, así como un mecanismo de solución de conflictos en un contexto de equidad procesal.

El Consejo de Redacción

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA NECESIDAD DE UNA LA LEY DE RESPONSABILIDAD SANITARIA EN ESPAÑA. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

D^a Marta María Sánchez García

Doctora en Derecho. Universidad de Salamanca
Abogada experta en responsabilidad sanitaria

Resumen: Ante la importancia y relevancia social que ha adquirido durante el presente siglo la responsabilidad sanitaria, en este trabajo reflexiono sobre la conveniencia de que el legislador español regule esta materia mediante una Ley específica.

Parto del estudio de las particularidades de la responsabilidad sanitaria. A continuación, analizo las regulaciones más notables de nuestro entorno sobre la responsabilidad del profesional sanitario (Italia, Francia, Portugal y Alemania). Finalmente, planteo una Ley de responsabilidad sanitaria, como propuesta de lege ferenda, con los aspectos necesitados de codificación.

Abstract: Given the importance and social relevance that health responsibility has acquired during this



century, in this work I reflect on the convenience of the Spanish legislator regulating this matter through a specific Law.

I start from the study of the particularities of health responsibility. Next, I analyze the most notable regulations in our environment in relation to the responsibility of the healthcare professional (Italy, France, Portugal and Germany). Finally, I propose a Law on health responsibility —both civil and patrimonial— as a *de lege ferenda* proposal, with the aspects that needed codification.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial sanitaria, particularidades, responsabilidad sanitaria en el Derecho Comparado, propuesta de *de lege ferenda*: una ley de responsabilidad sanitaria en España.

Key words: Health patrimonial liability, particularities, health liability in Comparative Law, *de lege ferenda* proposal: a health responsibility law in Spain.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PARTICULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA. 1. La Administración sanitaria asume siempre una «obligación de medios». 1.1. Adaptación de la obligación de medios. 1.2. Ámbito de aplicación. 1.3. Condicionantes de la prestación de medios. 2. La *lex artis* y la *lex artis ad hoc*. 3. La Administración sanitaria sólo responde por el funcionamiento anormal. 4. El estado de la ciencia o de la técnica: riesgos del progreso. 5. El consentimiento informado. III. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL DERECHO COMPARADO 1. Italia. 1.1. Ley núm. 189, de 8 noviembre de 2012 (Reforma Balduzzi). 1.2. Ley núm. 24, de 8 de marzo de 2017 (Ley



Gelli-Bianco). 2. Francia. 3. Portugal. 4. Alemania. 4.1. Consentimiento válido del paciente informado. 4.2. Errores graves de tratamiento: inversión de la carga de la prueba. 4.3. Proceso civil por responsabilidad médica. IV. UNA LEY DE RESPONSABILIDAD SANITARIA EN ESPAÑA: PROPUESTA DE LEGE FERENDA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la prestación de la asistencia sanitaria se engloba en el genérico derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 de la Constitución española (CE), como un derecho subjetivo de todo ciudadano, responsabilizando a los poderes públicos de su materialización y efectividad¹.

El art. 43 CE se ubica en el Capítulo III del Título I, bajo la rúbrica «*Principios rectores de la política social y económica*». Esto determina, con arreglo al art. 53.3 CE, que sólo pueden ser alegados ante los Tribunales de acuerdo con lo que establezcan las normas que los desarrollen; sin perjuicio de que su reconocimiento,

¹ Art. 43 CE: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio».



respeto y protección inspiren la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Resulta indiscutible que la actividad de la Administración dirigida a la protección de la salud es un «servicio público», concepto que debe ser entendido en sentido amplio como *«toda gestión, actuación o actividad propias de la función administrativa ejercida incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinando»*².

La consagración constitucional del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos tuvo lugar con la promulgación de la Constitución española de 1978, ex art. 106.2 CE. Dicho precepto suprime toda referencia al juego de los títulos de imputación — funcionamiento «normal o anormal» de los servicios públicos— y efectúa una novedosa remisión expresa al legislador: *«Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión se consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*.

² STS (Sala C-A) de 15 de febrero de 1994, rec.9055/1991. La determinación de las prestaciones que integran el «servicio público sanitario» se recogen en el R.D. 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, donde se contempla la cartera de servicios.



Es importante precisar que, según la STC 325/1994, de 12 de diciembre³, el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública conlleva un derecho de «configuración legal», sólo exigible en los términos concretos de la ley ordinaria que lo regule.

La regulación legal está contenida en el Capítulo IV de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LSP), arts. 32 y ss., bajo la rúbrica «*De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*».

La LSP introdujo una importante modificación en la cláusula final del art. 32.1 al incorporar, de forma novedosa, una referencia a la falta de antijuridicidad del daño, considerando no indemnizables los daños que no sean antijurídicos “de acuerdo con la Ley”: «1. *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley*».

En el art. 34.1 —bajo la rúbrica “*Indemnización*”—, reproduciendo lo dispuesto en el art. 141.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, se hace mención específica:

- En el párrafo primero, a la antijuridicidad de aquellos daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar “de acuerdo con la Ley”: «*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular*

³ Rec. de amparo 2240/1991.



provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»; y

- En el párrafo segundo, al único supuesto legal de falta de antijuridicidad del daño, excluyendo la responsabilidad de la Administración en los llamados “riesgos de desarrollo” o “riesgos del progreso”: «1. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Tanto el art. 32.1 como el art. 34.1 LSP precisan que ha de ser la Ley la que determine los daños que el particular tenga o no tenga el deber jurídico de soportar; mandato legal que el legislador no ha cumplido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria⁴.

La regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública siempre ha contemplado un *sistema objetivo o de resultado*, que ha impregnado finalmente la Ley 40/2015. Es objetiva por dos razones:

- Se responsabiliza a la Administración Pública de toda lesión que sufre el administrado tanto en los supuestos de funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

⁴ Una excepción viene constituida por el art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, en el que se enumeran los supuestos indemnizatorios.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Se pone el énfasis en la antijuridicidad del daño, en el sentido de que el perjudicado no esté obligado a soportarlo, en lugar de hacerlo en la antijuridicidad de la conducta de la Administración (al abarcar también el funcionamiento normal)⁵.

RIVERO ORTEGA⁶ destaca que, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, la Ley 40/2015 prescinde de la idea de culpa e incluso ilicitud del titular o gestor de la actividad u omisión causante del daño. Sin embargo, en la práctica, la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal es absolutamente residual. MEDIAVILLA CABO⁷ afirma que el mito de la objetividad del sistema de responsabilidad de la Administración Pública desaparece porque se trata de una responsabilidad

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 17ª ed., Civitas, Pamplona, 2022, matizan que el daño será antijurídico, no porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino porque el sujeto que lo sufre «no tenga el deber jurídico de soportarlo» (antijuridicidad objetiva), pág.401.

⁶ RIVERO ORTEGA, R., *El estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999: «La culpa, sin embargo, no es presupuesto de la responsabilidad de la Administración en nuestro Derecho», pág.227. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho (...)*, "op. cit.", afirman que, en virtud del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni siquiera es necesario demostrar que el servicio se ha desenvuelto de una manera anómala, págs. 397 y ss.

⁷ MEDIAVILLA CABO, J.V., *Ciclo de diálogos sobre la Administración Pública. Responsabilidad patrimonial*, [Webinar], Blog de Actualidad Vlex, núm. 224, 2023.



claramente subjetiva, por funcionamiento anormal de los servicios públicos.

La Sala Tercera (Contencioso-Administrativa) del Tribunal Supremo proclama que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se configura como una *«responsabilidad objetiva o por el resultado»*, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal⁸. Pero, a su vez, realiza un loable esfuerzo para que el único título de imputación de responsabilidad sea el funcionamiento anormal de la Administración. TOLOSA TRIBIÑO⁹ lo reconoce abiertamente cuando asevera: *«como juez trataba de buscar en qué la Administración no había procedido correctamente. La forma de vencer la objetividad ha sido el principio de antijuridicidad del daño, añadiendo el deber jurídico del particular de soportarlo»*.

A nivel doctrinal ha surgido una fuerte contestación a nuestro régimen legal. Cada vez más voces críticas —a las que me adhiero— denuncian un sistema de responsabilidad patrimonial excesivamente general, una

⁸ STS 1423/2021 de 1 de diciembre, rec.6479/2020: *«Es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque, siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. de indemnizar»*.

⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C., *Ciclo de diálogos sobre la Administración Pública. Responsabilidad patrimonial*, [Webinar], Blog de Actualidad Vlex, núm. 224, 2023.



institución en crisis por su excesivo alcance, abstracción y uniformidad.

RIVERO YSERN¹⁰ considera fundamental la supresión del sistema de responsabilidad objetiva por el riesgo que implica para las arcas públicas y para el interés general.

Asimismo, RIVERO ORTEGA¹¹ advierte que, incluso en los ordenamientos que adoptan un modelo de responsabilidad objetiva, los Tribunales tienden a diferenciar los supuestos en los cuales se ha producido un funcionamiento defectuoso, de aquellos otros en los que la actuación administrativa ha sido normal, en cuyo caso puede entenderse que existe un deber de soportar tal acción, salvo que comporte algún tipo de "sacrificio especial"¹².

¹⁰ RIVERO YSERN, E., *El daño en el Derecho Administrativo*, Juruá, Lisboa, 2019, afirma que, si se incluye el funcionamiento normal en la responsabilidad de la Administración, desde el punto de vista indemnizatorio, las indemnizaciones pueden dispararse, lo que nos puede llevar a situaciones preocupantes desde el punto de vista del erario público, pág. 108.

¹¹ RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág.192.

¹² Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196, 2019, págs. 31-68; BAUZÁ MARTORELL, F.J., "Algunas precisiones sobre el elemento subjetivo de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria", *Revista española de la función consultiva*, 22, 2014, pág. 62; DOMENECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?", *Revista de Administración Pública*, 183,



II. PARTICULIARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

La falta de una normativa específica sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria obliga a su remisión al régimen jurídico general de responsabilidad de la Administración Pública y a un profuso análisis de la doctrina de los Tribunales de Justicia, verdaderos artífices de sus contornos. En efecto, este vacío legal ha sido suplido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha afanado en adaptar aquel régimen general a la peculiar naturaleza de la responsabilidad sanitaria, a fin de evitar una objetivación a todas luces injusta.

No cabe duda de que el régimen de responsabilidad patrimonial *objetivo* es incompatible con la esencia de la ciencia médica, particularmente, en el ámbito de su núcleo duro, la llamada "*Medicina curativa*", por esencia, inexacta e incapaz de garantizar, en todo caso, resultados satisfactorios.

Con esta finalidad, la construcción jurisprudencial de la responsabilidad sanitaria se caracteriza por una modulación de los presupuestos de la responsabilidad de la Administración Pública, que «*requieren y exigen, una serie de matizaciones o modulaciones*» del carácter objetivo que del instituto se proclama¹³.

2010, pág.204; MIR PUIGPELAT, O., "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)", *Revista española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, págs.629-652, entre otros.

¹³ STS (Sala C-A) de 23 de febrero de 2022, rec.2560/2021.



En mi opinión, estos criterios moduladores, limitadores o correctores del carácter objetivo de la responsabilidad asumida por la Administración son los siguientes¹⁴:

1. La Administración Pública sanitaria no es una aseguradora universal de todos los riesgos ni está obligada a curar todas las dolencias. Asume siempre una obligación de medios: criterios jurisprudencialmente consagrados.

2. El criterio de la *lex artis* y *lex artis ad hoc* (*lex scientiae*): criterio legal y jurisprudencialmente consagrado". La Administración no será responsable si la conducta de su personal, activa u omisiva, ha sido acorde con la *lex artis ad hoc*¹⁵.

¹⁴ STS (Sala C-A) de 17 de mayo de 2004, rec.8382/1999: «Y todo esto, sin olvidar, las modulaciones que de esos requisitos que podemos llamar básicos ha hecho la jurisprudencia, tales como el posible carácter mediato o indirecto del nexo causal o el de la adecuación a la *lex artis*» o STSJ Castilla-León (Sala C-A) 946/2023, de 26 de septiembre, rec.397/2020: «Dentro de la institución [general] de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se encuentra (como una de sus principales manifestaciones) la responsabilidad sanitaria. Institución, esta última, que exige poner de manifiesto algunas matizaciones o modulaciones, en particular en lo que se refiere al carácter objetivo genérico que se proclama de la institución de la responsabilidad patrimonial».

¹⁵ En relación con la responsabilidad del personal de la Administración Pública, vid. RIVERO ORTEGA, R., "Claves de la responsabilidad de autoridades y empleados públicos", *Ciencia penal y generosidad de lo mexicano a lo universal. Libro homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez, in memoriam*, DOMINGO OLMEDO, M.; NÚÑEZ PAZ, M.A. et al. (Dir.),



3. La Administración sanitaria sólo responde por el funcionamiento anormal del servicio público sanitario: criterio jurisprudencialmente consagrado. Se ignora abiertamente la responsabilidad objetiva por «*funcionamiento normal*» de la Administración sanitaria.

4. El estado de la ciencia o de la técnica: «*riesgos del progreso o del desarrollo*», legalmente previstos en el art. 34.1 LSP.

5. El consentimiento informado: previsto legalmente en la Ley 41/2002, cuyo contenido ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial.

No puedo compartir la posición de aquellos autores que enumeran el *daño desproporcionado* y la *pérdida de oportunidad* como criterios moduladores o limitadores de la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria. Desde mi punto de vista, se trata de dos expedientes claramente objetivadores de dicha responsabilidad. Si la Administración quiere exonerarse de responsabilidad, por la inversión de la carga de la prueba, soportará la carga procesal de acreditar su correcta actuación, en el primer supuesto, o que el daño hubiera acaecido, pese a una adecuada asistencia, en el segundo¹⁶.

Bosch, Madrid, 2021; RIVERO ORTEGA, R., *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Iustel, Madrid, 2020; RIVERO ORTEGA, R., "Quien la hace ¿la paga?", *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol.7 (1), 2020, págs.53-66.

¹⁶ PANES CORBELLÉ, L.A., "La responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud", *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A.; CANTERO MARTINEZ, J.(dirs.), vol. II,



1. LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ASUME SIEMPRE UNA «OBLIGACIÓN DE MEDIOS»

El Tribunal Supremo precisa que, *«frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias»*, el servicio público sanitario se caracteriza como *«prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados»*¹⁷.

En el ámbito de la Medicina curativa —por oposición a la Medicina estética o por el resultado— es exigible a la Administración sanitaria la adopción de todos los medios que la ciencia pone “razonablemente” a disposición de la Medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales. Los derechos reconocidos en los arts. 41 y 43 CE consagran un derecho a la protección de la salud, pero no un

Capítulo 43, Aranzadi, Pamplona, 2013: *«La limitación del principio puramente objetivista de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se realiza [...] aplicando el criterio de la lex artis, el consentimiento informado y el estado de los conocimientos de la Ciencia; así como [...] el daño desproporcionado, o la teoría de la pérdida de oportunidad»*, págs.80 y ss.; GUERRERO ZAPLANA, J., “La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2002, CGPJ, considera que la jurisprudencia aplica teorías de la «culpa virtual o del daño desproporcionado» o de la «responsabilidad por la pérdida de oportunidades» para limitar la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria, págs.70-71.

¹⁷SSTS (Sala C-A) 232/2022, de 23 de febrero, rec.2560/2021; 824/2021, de 9 de junio, rec.2437/2020 o 232/2022, de 23 de febrero, rec.2560/2021.



derecho a la salud, de imposible garantía. Por tanto, la obligación de medios «*no es exigible con un carácter ilimitado*», pues la Administración tiene un presupuesto determinado¹⁸.

Conforme a este planteamiento, no puede deducirse la existencia de responsabilidad por la simple producción del daño, sino que es preciso que medie una «*inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles*»¹⁹.

Si analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo, observamos que los perfiles característicos que delimitan la *obligación de medios* son los siguientes:

1.1. ADAPTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS

El Tribunal Supremo requiere que la obligación de medios se adapte «*al momento, circunstancias del lugar y tiempo de la prestación médica*» durante todo el proceso asistencial y hasta el alta médica.

Dado que la evolución de la técnica permite cada vez mejores posibilidades de detección, curación y

¹⁸ STS (Sala C-A) 232/2022, de 23 de febrero, rec.2560/2021.

¹⁹ STS (Sala C-A) 232/2022, de 23 de febrero, rec.2560/2021: «*[...] venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño*».



diagnóstico, lo único que cabe exigir a la Administración sanitaria es «*una correcta aportación de los medios puestos a disposición de la ciencia en el momento en que se produce la prestación de la asistencia sanitaria pública*», no los medios existentes en el momento del enjuiciamiento de la asistencia sanitaria prestada²⁰.

1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La obligación de medios «*no queda referida sólo a los medios técnicos y estructurales, sino también al factor humano*»²¹. La deficiencia en los medios personales será determinante de responsabilidad.

Algunos de los supuestos en los que con más frecuencia se denuncia la indebida utilización por la Administración de los medios adecuados para la prestación de la asistencia sanitaria son los derivados de las listas de espera²²; las malformaciones de recién

²⁰ Vid. STS (Sala C-A) de 7 de marzo de 2012, rec.6190/2010. STSJ Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 219/2020, de 18 de febrero, rec.554/2018: «[...] *el Sintrom era, por lo tanto, el tratamiento adecuado en función de las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes, en base a los conocimientos científicos existentes al momento*».

²¹ STSJ de Asturias (Sala C-A) 493/2022, de 31 de mayo de 2022, rec.465/2020.

²² El daño será "antijurídico" cuando derive de una lista de espera mal gestionada o irracional, de duración exagerada, cuando hubiera existido un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando, en el curso de la espera, se produjesen empeoramientos de la salud que determinen secuelas irreversibles, muerte o mitiguen la eficacia de la intervención. Vid. STSJ de Madrid (Sala C-A) 23/2012, de 9 de enero, rec.910/2010 y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., "La



nacidos no diagnosticadas ecográficamente²³ o la ausencia de personal especialista en el centro hospitalario²⁴, entre otros.

1.3. CONDICIONANTES DE LA PRESTACIÓN DE MEDIOS

Aun cuando los medios no fueran suficientes, dicha circunstancia, por sí sola, no prefigura la responsabilidad patrimonial automática de la Administración si acredita *«que los medios personales y materiales disponibles se hallaban operativos y ocupados en atender otros pacientes que habían precisado antes esa atención»*²⁵.

Resulta frecuente que se reclame frente a la Administración por el envío de una ambulancia convencional en lugar de una ambulancia o un helicóptero medicalizados. La resolución judicial dependerá de que se aprecie que ha existido o no demora en la movilización del recurso, su adecuación y,

protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera”, *Revista de Derecho y Salud*, 19 (1), págs.57-74.

²³ Verbigracia: falta de modernidad o precisión del ecógrafo, inadecuado nivel de la ecografía, falta de cualificación del ecografista.

²⁴Vid. STS (Sala C-A) de 25 de febrero de 2009, rec.9484/2004: fallecimiento de un paciente, tras un accidente de tráfico con graves lesiones cerebrales, por la inexistencia de servicio de neurocirugía en el hospital.

²⁵ STSJ (Sala C-A) Andalucía, sede Sevilla, de 28 de mayo de 2009, rec.842/2005.



sobre todo, la influencia de la demora en el resultado final²⁶.

2. LA LEX ARTIS Y LEX ARTIS AD HOC

Ante la inexistencia en nuestra legislación de criterios normativos que permitan determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios es correcto, la jurisprudencia ha acudido al criterio de la "lex artis".

Según ha proclamado el Tribunal Supremo, para que surja la obligación de indemnizar en el ámbito sanitario es preciso que concurra un nexo causal entre la actuación u omisión sanitaria o defecto organizativo y el daño recibido y, además, que el daño sea antijurídico, es decir, un daño que el paciente no tenga el deber de soportar. El daño será antijurídico cuando la Administración no actuó con la diligencia debida representada por la *lex artis ad hoc*²⁷.

²⁶Vid. STS (Sala C-A) de 25 de octubre de 2011, rec.5528/2009: demora de la ambulancia medicalizada al estar ocupada en otra intervención o STS (Sala C-A) de 7 de julio de 2008, rec.4776/2004: retraso en la derivación de un buceador desde el hospital hasta la cámara hiperbárica porque se utilizó el medio de transporte más lento (ambulancia), en lugar de acudir al más idóneo (helicóptero).

²⁷ STS (Sala C-A) de 10 de mayo de 2005, rec.6595/2001.



El concepto de *lex artis médica* ha sido perfilado por la doctrina jurisprudencial y por la doctrina especializada²⁸, que contempla dos niveles:

a) La "*lex artis*": alude al "criterio de normalidad" o los "estándares habituales" que han de observarse tanto por el personal sanitario como por la organización sanitaria. Se trata de criterios generales de actuación reflejados, en algunas ocasiones, en los Protocolos y Guías de Actuación. En mi opinión, la "*lex scientiae*" se define por el legislador en el art. 34.1 LSP, inciso segundo: «*el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción del daño*»²⁹.

Asimismo, el art. 5.1.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS) impone al profesional el deber de acomodar su actuación sanitaria al «*estado de desarrollo de los conocimientos científicos vigentes en cada momento*».

b) La "*lex artis ad hoc*", entendida como «*aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su*

²⁸ Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Cóllex, A Coruña, 2021, págs. 31-36.

²⁹ En el mismo sentido se pronuncia PUEYO CALLEJA, F.J., "La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa", *Revista Derecho y Salud*, 17, 2009, pág. 84.



caso, de la influencia de otros factores endógenos-estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida»³⁰.

En palabras del Tribunal Supremo, la “*Lex artis*” opera como un criterio *modulador* del carácter netamente objetivista de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración Pública; un elemento de racionalización del sistema, como requisito añadido a la necesaria relación de causalidad entre la asistencia prestada y el daño sufrido³¹.

Al requerir que medie una infracción de la *lex artis* para que pueda apreciarse responsabilidad de la Administración —criterio necesario, pero no suficiente— se está exigiendo una *imputación subjetiva*, por cuanto dicha infracción viene referida necesariamente a la Administración sanitaria, autora del daño.

El propio el Tribunal Supremo (Sala C-A) ha reconocido que, cuando del servicio sanitario o médico se trata, «*el empleo de una técnica correcta es un dato*

³⁰STSJ Asturias (Sala C-A) 763/2020, de 22 de julio, rec.763/2020

³¹ STS (Sala C-A) de 3 de diciembre de 2010, rec.3339/2006: «*La "lex artis", criterio sin duda modulador de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de las prestaciones médicas, supone que a los servicios de la salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica diaria*».



de gran relevancia para decidir si la actuación médica se prestó correctamente y conforme al estado del saber»³².

Con extraordinaria claridad proclama el Alto Tribunal:

1. Pese al carácter objetivo que se proclama de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la responsabilidad sanitaria cuenta con un «*evidente componente subjetivo o culpabilístico, cuyo elemento de comprobación es el "incumplimiento de la lex artis ad hoc"*».

2. El carácter objetivo de la responsabilidad previsto en la normativa de consumidores y usuarios no comprende ni se extiende a los denominados "*actos médicos propiamente dichos*", porque la responsabilidad por los perjuicios que de ellos pudiesen derivar vendrá determinada por el "*incumplimiento de la lex artis ad hoc*"³³.

En el mismo sentido, CALVO SÁNCHEZ³⁴ afirma que la jurisprudencia ha introducido un elemento esencial, la *Lex artis*, que pone límites razonados a la generosidad del carácter objetivo de la responsabilidad sanitaria. La indemnización «va a depender más del modus operandi fijado por la *lex artis ad hoc* y su grado de

³² SSTs (C-A) de 22 de diciembre de 2001, rec.8406/1997 y de 14 de octubre de 2002, rec.5294/1998.

³³ STS (Sala C-A) 232/2002, de 23 de febrero, rec.2560/2021 o 824/2021, de 9 de junio, rec.2437/2020, entre otras.

³⁴ CALVO SÁNCHEZ, M^a D., "Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la Medicina", *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, LLAMAS POMBO, E. (Dir.), La Ley, Madrid, 2014, pág. 369.



incumplimiento por mala praxis (falta de pericia, ausencia o defecto de consentimiento, actuación no conforme a protocolo etc.)».

Por tanto, la conducta de la Administración sanitaria es relevante. El examen del carácter antijurídico del daño sanitario exige dilucidar, como presupuesto previo inexcusable, si la conducta u omisión de la Administración sanitaria se acomodó o se desvió de la *lex artis*.

Ha de aclararse, pues se trata de un error comúnmente extendido en la práctica forense, que no se puede confundir "*mala praxis médica*" con "*iatrogenia*", concepto desprovisto de toda connotación negativa. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el vocablo iatrogénico como "*toda alteración del estado del paciente producida por el médico*", sea positiva o negativa, por lo que no cabe identificar iatrogenia con mala praxis³⁵.

³⁵ STS (Sala C-A) de 19 de septiembre de 2012, rec.8/2010: «[...] *la alteración negativa del estado del paciente provocada por un acto iatrogénico será considerada como daño antijurídico si el mismo no se ajusta a la *lex artis ad hoc* y no lo será si se ajusta a la misma*».



3. LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA SÓLO RESPONDE POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL

Es importante precisar que, bajo la expresión «*funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios*» (art. 32.1 LSP) tienen cabida todos los supuestos de infracción de la *lex artis*: defectuoso funcionamiento del servicio sanitario, funcionamiento tardío o cuando no ha funcionado por haberse omitido las conductas adecuadas. Asimismo, dicha expresión comprende las conductas del personal sanitario que hayan causado un daño antijurídico, el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios por debajo de los “*estándares o medidas de calidad exigibles*” y la falta o deficiencia del consentimiento informado, siempre que de la asistencia sanitaria derive un daño³⁶.

El hecho de que el art. 32.1 LSP aluda al «*funcionamiento normal o anormal*» se esgrime para defender que toda la responsabilidad de la Administración Pública — incluida la sanitaria— es *objetiva*, pues no es menester que concurren factores subjetivos de culpabilidad en su actuación.

Sin embargo, en la práctica judicial, con la excepción de algunas sentencias dictadas en los años noventa, los Tribunales siempre han exigido el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria.

Basándome en mis años de experiencia profesional puedo afirmar que los Juzgados y Tribunales

³⁶ Vid. SSTS (Sala C-A) de 7 de junio de 2001, rec.538/1997 y 10 de octubre de 2000, rec.5078/1997.



contencioso-administrativos, con carácter general, sólo aprecian responsabilidad de la Administración sanitaria en los supuestos de funcionamiento anormal o infracción de la *lex artis ad hoc*. Para el Tribunal Supremo, el «*funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios*» constituye el título de imputación por excelencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

En el año 2012, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó tres importantes sentencias, provenientes de tres Ponentes diferentes, en las que admite «*la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada "medicina curativa"*»³⁷.

4. EL ESTADO DE LA CIENCIA O DE LA TÉCNICA: «RIESGOS DEL PROGRESO» o «RIESGOS DEL DESARROLLO»

Desde el punto de vista jurídico, se denomina "estado de la ciencia" el conjunto de medios científicos y técnicos disponibles para la prestación asistencial³⁸.

La definición de lesión resarcible del art. 141.1 de la Ley 30/1992 fue modificada por la Ley 4/1999, de 13 de

³⁷ SSTs (Sala C-A) de 10 de julio de 2012, rec.3243/2010, Ponente: MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo; de 20 de noviembre de 2012, rec.4891/2011, Ponente: MARTINEZ-VARES GARCIA, Santiago. y de 21 de diciembre de 2012, rec.4229/2011, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique.

³⁸ STSJ de Madrid (Sala C-A) 133/2021, de 23 de febrero, rec.455/2018.



enero: *«No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»³⁹.*

La Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, desde la importante sentencia de 31 de mayo de 1999⁴⁰, ha proclamado que el párrafo segundo del derogado art. 141.1 (actual art.34.1, segundo párrafo, LSP) vino *«a positivizar la denominada doctrina del desarrollo técnico o riesgos del progreso de forma tal que, únicamente proyectarán influencia en el ámbito de la responsabilidad administrativa aquellas actuaciones o resultados que son posibles obtener de acuerdo con el progreso técnico, resultando, por el contrario, irrelevantes aquellos otros que sean imposibles de lograr ante las limitaciones del desarrollo técnico».*

³⁹ Tras la promulgación de la reforma, las condenas que se habían producido en los primeros tiempos por la transmisión de los anticuerpos del VIH y de la hepatitis C a través de transfusiones en el sistema público de salud dieron paso a sentencias desestimatorias, fundamentadas en que el contagio había tenido lugar con anterioridad al conocimiento de las vías de transmisión, daños que se debían exonerar en atención al *estado de la ciencia* vigente en el momento de su producción.

⁴⁰ Rec.2132/1995: *«[...] este nuevo texto [léase, el art. 141.1 tras la Ley 4/1999] lo que hace es positivizar (esto es: convertir en derecho positivo, o sea, en derecho "puesto", en derecho escrito) un principio que estaba ya latente [...] en la regulación anterior».*



Son los denominados, señala ESTEVE PARDO⁴¹, «*riesgos del progreso*» o «*riesgos del desarrollo*», como un límite o criterio modulador del carácter objetivista de la responsabilidad de la Administración sanitaria. Se exime de responsabilidad a la Administración cuando se trate de un daño inevitable o imprevisible, conforme al estado de los conocimientos en el momento de su producción; lo que impide su aplicación retroactiva.

El estado de los conocimientos o de la técnica existentes no coincide necesariamente con el estado de la legislación, pues no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso científico, ni depende de una apreciación subjetiva, sino que constituye un dato objetivo, perfectamente cognoscible⁴².

⁴¹ ESTEVE PARDO, J., “Responsabilidad de la Administración y riesgos del desarrollo”, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) y CASARES MARCOS, A.B. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁴²Vid. STS (Sala C-A) de 14 de octubre de 2002, rec.5294/1998. En opinión de GALLARDO CASTILLO, *Administración sanitaria* (...) “op. cit.”: «a) Desde el punto de vista positivo: el estado de la ciencia [...] ha de tratarse de conocimientos que sean asumidos como correctos y útiles por la generalidad de los expertos en una cuestión y en ese momento determinado. b) Desde el punto de vista negativo: deben excluirse los meros prototipos o técnicas en vía de experimentación, cuando todavía no han sido validadas», pág. 86.



En opinión de PUEYO CALLEJA⁴³, lo trascendente es que prevalezca el estado real de los conocimientos, sin condicionamientos de tipo estructural o económico. La jurisprudencia y doctrina mayoritaria entienden que el art. 34.1 LSP positiviza una *causa de justificación* excluyente de la antijuridicidad del daño, determinante de que el paciente no tenga el deber de soportarlo⁴⁴.

5. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado es una institución singular y propia de la responsabilidad sanitaria. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo:

⁴³ PUEYO CALLEJA, *La responsabilidad sanitaria (...)*, "op. cit.", pág. 84.

⁴⁴ STS (Sala C-A) de 7 diciembre de 2012, rec.6160/2009: «[...] el daño no resultaría antijurídico cuando no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso». Vid. GALLARDO CASTILLO, *Administración sanitaria (...)*, "op. cit.", pág.85 o PANES CORBELLÉ, *La responsabilidad patrimonial (...)*, "op. cit.", pág. 86. La STS Murcia (Sala C-A) 390/2022, de 21 de julio, rec.229/2019 señala: «[...] la actuación médica debe ajustarse a los conocimientos científicos existentes en el momento en el que la misma se desarrolla y en función de los medios de los que se dispone en el momento concreto en el que la asistencia sanitaria se presta».



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

a) El consentimiento informado forma parte de la *lex artis ad hoc*⁴⁵.

b) La falta o defecto del consentimiento informado constituye una *infracción de la lex artis ad hoc*, en cuanto lesiona el derecho de autodeterminación del paciente al impedirle elegir, con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa «*un daño moral*» siempre que, de la asistencia sanitaria adecuada a la *lex artis*, ha derivado un daño⁴⁶.

La existencia de un consentimiento informado, firmado por el paciente, debidamente cumplimentado, exime de responsabilidad a la Administración, si ha existido buena praxis. Se trata de un *elemento*

⁴⁵ PANES CORBELLÉ, *La responsabilidad patrimonial (...)*, "op. cit.", señala que el consentimiento informado constituye un plus a la exigencia de cumplimiento de la «*lex artis ad hoc*» y cumple una función de garantía para el paciente, a fin de que esté debidamente informado sobre su diagnóstico, tratamiento a aplicar, posibles riesgos y complicaciones, alternativas de tratamiento. No obstante, la firma del consentimiento informado no libera del deber de diligencia que incumbe al facultativo y a la propia Administración sanitaria, pág. 86.

⁴⁶ Vid. SSTs de 26 de mayo de 2015, rec.2548/2013, entre otras. La STSJ Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 1080/2022, de 4 de octubre, rec.61/2021, aprecia daño moral porque «[...] no se indemniza el resultado dañoso derivado de la complicación posible de la intervención quirúrgica, dado que esta se realizó conforme a la *lex artis*, sino el daño moral que se ha ocasionado, atendiendo a las circunstancias del caso, que son la procedencia de la operación, el empleo de una técnica adecuada y la correcta actuación médica llevada a cabo».



modulador del carácter objetivo la responsabilidad de la Administración Pública porque opera como una *causa de justificación* que hace desaparecer la antijuridicidad del daño. Incumbe a la Administración, por inversión de la carga de la prueba, la acreditación de la información facilitada.

III. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL DERECHO COMPARADO

La ausencia de un estudio doctrinal actualizado de la responsabilidad sanitaria en el Derecho Comparado me ha obligado a un importante esfuerzo investigador en búsqueda de la normativa vigente. Esto ha implicado una compleja indagación, así como la traducción y estudio de normativas más o menos lejanas a nuestra tradición jurídica.

No obstante, dicho esfuerzo ha dado sus frutos, pues me ha permitido comprobar, de primera mano, que la necesidad de una legislación específica sobre responsabilidad sanitaria ha sido oportunamente apreciada y atendida en ordenamientos jurídicos tan dispares como los de Italia, Francia, Portugal y Alemania. Así, está a nuestra disposición una interesante comparativa de cuatro modelos distintos, en los que podemos hallar interesantes elementos de inspiración para la legislación patria. Veamos:

1. ITALIA

El cuadro normativo de la responsabilidad médica se mantuvo inalterado desde el Código Civile de 1942. A su amparo, la jurisprudencia fue creando un auténtico



“subsistema de responsabilidad sanitaria”, diferenciado del sistema general de la responsabilidad.

1.1. LEY 189, DE 8 NOVIEMBRE DE 2012 (REFORMA BALDUZZI)

El legislador italiano intervino, por primera vez, en la regulación de la responsabilidad del profesional sanitario a través de la Ley núm. 189, de 8 de noviembre de 2012⁴⁷.

La Ley pretendía buscar una solución de equilibrio entre el cambio de orientación de la jurisprudencia —desde los años noventa, las condenas de los profesionales sanitarios por homicidios y lesiones habían aumentado— y la medicina defensiva, que seguía practicándose de forma significativa⁴⁸.

⁴⁷ Ley 189/2012, de 8 de noviembre: “Conversión en ley, con modificaciones, del Decreto-Legislativo del 13 de septiembre de 2012, n. 158, que contiene disposiciones urgentes para promover el desarrollo del país a través de un mayor nivel de protección de la salud”. Se denominó reforma Balduzzi porque incorporaba las enmiendas del “Decreto de Salud” del Ministro Balduzzi (Decreto Balduzzi).

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012-11-08;189>.

Última consulta: 7 de abril de 2024.

⁴⁸ Vid. GRANELLI, C., “Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria”, *Responsabilità civile e previdenza: Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, vol.83, 2018, págs.410-444. Vid también PANELLA, M.; RINALDI, C. et al., “Prevalence and costs of defensive medicine: a national survey of Italian



En opinión de LEONIDA MATTHEUDAKIS⁴⁹, en Italia era una necesidad real reducir la presión judicial desde el ámbito penal sobre la profesión sanitaria, que se había refugiado en la medicina defensiva. Se trata de un fenómeno consistente en que el profesional, con el objetivo principal de protegerse judicialmente, trata de evitar intervenciones con escasa posibilidad de éxito, aunque sean necesarias para el paciente (*medicina defensiva "negativa"*) o pauta más pruebas y tratamientos de los que serían efectivamente necesarios para el paciente (*medicina defensiva "positiva"*). Todo ello con los efectos negativos de pasar a un segundo plano la salud del paciente y aumentar el coste de los servicios sanitarios⁵⁰.

physicians", *Journal of Health Services Research and Policy*, 22(4), 2017, págs. 201-202.

<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1355819617707224>. Última consulta: 7 de abril de 2024.

⁴⁹ LEONIDA MATTHEUDAKIS, M., "Recientes tendencias en la reforma de la responsabilidad penal culpable en Italia: en particular, la reforma de la culpa médica y las diferencias con el enfoque español", *Indret* 2, 2020, DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.07. Última consulta: 5 de abril de 2024, págs. 235-236.

⁵⁰Vid. TORALDO, DM.; VERGARI, U. et al., "Medical malpractice, defensive medicine and role of de "media" in Italy", *Multidisciplinary Respiratory Medicine*, 26, 10(1):12, 2015, DOI: [10.1186/s40248-015-0006-3](https://doi.org/10.1186/s40248-015-0006-3). Última consulta: 5 de abril de 2024.



La reforma, aclaran WOOLCOTT⁵¹ y PERIN⁵², giraba en torno a tres ejes principales: a) diferenciar la responsabilidad civil y penal: hasta el año 2012 no había una previsión legal específica de la responsabilidad civil del profesional sanitario, por lo que sólo se aplicaba el Código Penal italiano, que no distinguía entre culpa grave y leve; b) reconocer la relevancia central de los protocolos y las guías en la regulación de la actividad sanitaria y, por ende, en la precisión del deber de cuidado del facultativo; b) exigir, en algunos supuestos, la culpa grave del profesional, con exclusión de la relevancia penal en la culpa leve.

Conforme al art. 3.1 de la Ley núm. 189, bajo la rúbrica "Responsabilidad profesional de quien ejerce la profesión sanitaria": «*El profesional sanitario que, en el ejercicio de su actividad, cumpla con las guías y las buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica, no será penalmente responsable por culpa leve*»⁵³.

⁵¹ WOOLCOTT, O., "Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el estatuto del consumidor", *Revista Principia Iuris*, núm. 22, 2014-II, págs.243.

⁵² PERIN, A, "La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada", *Política criminal*, 13 (26), 2018, pág. 874, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200858>. Última consulta: 4 de abril de 2024.

⁵³ Texto original: «*L' esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*» [Traducción en línea]. Con la reforma del año 2012 alude al "individuo que ejerce la



LEONIDA MATTHEUDAKIS⁵⁴ considera que la aplicación del art. 3 del Decreto Balduzzi se limitaba a los “cumplimientos imperfectos” de las guías clínicas o buenas prácticas establecidas para el caso concreto y los “cumplimientos inoportunos”, en los que el profesional respeta las guías clínicas o buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica, pero era necesario un comportamiento diferente al observado.

En relación con la culpa leve y la consiguiente exención de responsabilidad penal, el inciso segundo precisaba: «[...] resta, sin embargo, la obligación derivada del art. 2043 del Código Civil». Es decir, se remitía a la responsabilidad civil extracontractual: «*Todo acto doloso o imprudente que cause un daño injusto a otros obliga a quien lo cometió a reparar el daño*»⁵⁵.

profesión sanitaria”, por tanto, abarca no sólo al médico, sino también a los enfermeros, etcétera.

⁵⁴ LEONIDA MATTHEUDAKIS, “Recientes tendencias (...)”, “op. cit.”, pág.239.

⁵⁵ Art. 2043 CC italiano: «*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*»», en lugar de remitirse al art. 1218 CC italiano que regula responsabilidad contractual. La Corte Suprema italiana, en Auto núm. 8940 de 2014, rechazó la interpretación en clave extracontractual por no concurrir ningún dato para entender superada la doctrina jurisprudencial tradicional sobre responsabilidad contractual del profesional sanitario. Vid. WOOLCOTT, “Nuevas dimensiones (...)”, “op. cit.”, págs. 244-245 y ROTONDO, V., *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica en la nueva legislación italiana*, [Tribuna], 2019, <https://idibe.org/tribuna/aspectos-basicos-la->



Fueron varias las críticas al art. 3 del Decreto Balduzzi: infracción del principio de igualdad en relación con otras profesiones peligrosas para idénticos bienes jurídicos; falta de indicación de las guías clínicas y buenas prácticas relevantes, limitándose a requerir que fuesen acreditadas por la comunidad científica; falta de definición del concepto de culpa grave; las guías pueden consistir en indicaciones demasiado genéricas, inidóneas para otorgar pautas de conducta claras en beneficio de los profesionales, entre otras⁵⁶.

La jurisprudencia llegó al convencimiento, a pesar del silencio legal, de que el artículo 3 del Decreto "Balduzzi" podría ser aplicado sólo en los casos de "impericia" entendida como infracción de las *leges artis* sanitarias constitutiva de "negligencia" (omisión o diagnóstico tardío) o de "imprudencia" (alta precipitada del paciente)⁵⁷. Finalmente, el Decreto Balduzzi introdujo una importante innovación al imponer a los propios profesionales la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil.

1.2. LEY NÚM. 24, DE 8 DE MARZO DE 2017 (LEY GELLI-BIANCO)

[responsabilidad-civil-medica-la-nueva-legislacion-italiana/](#).

Última consulta: 4 de abril de 2024.

⁵⁶ En relación con las críticas a la regulación legal, vid. PERIN, *La redefinición de la culpa (...)*, "op. cit.", págs.874-877 y LEONIDA MATTHEUDAKIS, "Recientes tendencias (...)", "op. cit.", págs.238-242.

⁵⁷ Vid. LEONIDA MATTHEUDAKIS, "Recientes tendencias (...)", "op. cit.", pág.241.



Transcurridos sólo cinco años, el legislador italiano volvió a regular esta materia con la Ley núm. 24, de 8 de marzo de 2017, sobre "*Disposiciones de seguridad en materia de cuidados y de personas asistidas, así como en materia de responsabilidad profesional de quienes ejercen las profesiones sanitarias*", derogatoria de la parte penal del Decreto "Balduzzi" (art. 3)⁵⁸.

La Ley textualmente realiza una referencia genérica a "*quienes ejercen las profesiones sanitarias*". GRANELLI⁵⁹ considera que la Ley resultará aplicable no sólo a los médicos, sino también al personal de enfermería, técnicos de laboratorio, etcétera; así como al personal dependiente de los centros sanitarios o sociosanitarios, autónomo o en régimen de convenio con el Servio Nacional de Salud (art. 7.2 Ley).

Uno de los objetivos que perseguía la Ley Gelli-Bianco era resolver los problemas derivados de la Medicina defensiva, a fin de lograr un equilibrio en la relación médico-paciente⁶⁰. La regulación de la "Responsabilidad

⁵⁸Ley24:<https://www.normattiva.it/urires/N2Ls?urn:nir:stat:egge:2017;24>.

Última consulta: 4 de abril de 2024. Su denominación informal, reforma Gelli-Bianco, obedecía al apellido de los ponentes de las dos Cámaras del Parlamento.

⁵⁹ GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva (...)*, "op. cit.", págs. 410 y ss.

⁶⁰ La Ley recogió las propuestas formuladas por la "Comisión para los problemas relativos a la medicina defensiva y de responsabilidad de los profesionales sanitarios", instituida con la misión de proporcionar soporte al "estudio de los temas concernientes a la responsabilidad profesional, a la medicina defensiva y a la determinación de posibles soluciones, también



de la estructura y del profesional sanitario” se contempla en el art.7:

«1. Es responsable la estructura sanitaria o sociosanitaria, pública o privada que, en el cumplimiento de la propia obligación, recurra al trabajo de profesionales de la profesión sanitaria, incluso si son elegidos por el paciente y aunque sean empleados de la propia estructura, de conformidad con los arts. 1218 y 1228 del Código Civil, de su conducta maliciosa o negligente.

2. La disposición a que se refiere el apartado 1 se aplica también a los servicios sanitarios realizados como autónomo intramuros o en el marco de actividades de experimentación e investigación clínica o en virtud de un convenio con el Servicio Nacional de Salud, así como a través de telemedicina.

3. La persona que ejerce la profesión sanitaria a que se refieren los apartados 1 y 2 es responsable de sus actos en virtud del art. 2043 del Código Civil, a menos que haya actuado en cumplimiento de una obligación contractual asumida con el paciente. El juez, al determinar la indemnización del daño, tiene en cuenta la conducta del profesional sanitario, de conformidad con el artículo 5 de esta ley y el artículo 590-sexies del Código Penal, introducido por el art. 6 de esta ley».

de carácter normativo”. Vid. ROTONDO, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica (...)*, “op. cit.”.



Por tanto, como señala AMATO⁶¹, el paciente deberá acreditar la culpa o negligencia del profesional sanitario. Podrá ejercer frente a él una acción extracontractual, salvo que haya actuado en cumplimiento de una obligación contractual. También dispondrá de una acción contractual frente al centro sanitario, sin perjuicio de la posterior acción de regreso del centro frente al profesional.

El art. 10 de la Ley de 2017 impone a los centros sanitarios —públicos o privados— la obligación de contar con un seguro obligatorio para hacer frente a la responsabilidad civil. Por ello, art. 12 concede al paciente la facultad de accionar directamente frente a la compañía aseguradora para obtener el resarcimiento de los daños causados. Por último, el art. 14 prevé un Fondo de garantía para indemnizar los daños derivados de la atención sanitaria.

Además, con la finalidad de salvar las críticas al art. 3 del Decreto Balduzzi, el art. 6 de la Ley Gelli-Bianco incorpora, de forma novedosa, el art. 590-sexies en el Código Penal: "Responsabilidad negligente por muerte o lesiones personales en el sector sanitario":

«Si los hechos a que se refieren los artículos 589 y 590 [léase, homicidio culposo y lesiones personales culposas] se cometen en el ejercicio de la profesión sanitaria, se aplicarán las sanciones previstas en los mismos, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo.

⁶¹AMATO, C.; FERNÁNDEZ M., M.L. et al., *Análisis comparativo de la responsabilidad médica en Italia y en Colombia*, Poli., Colombia, 2018, págs. 14-16.



Si el hecho se produjo por impericia, se excluye la pena cuando se respeten las recomendaciones establecidas en las guías definidas y publicadas conforme a la ley o, en su defecto, las buenas prácticas clínico-asistenciales; siempre que se cumplan las recomendaciones previstas por las directrices mencionadas son adecuadas a las especificidades del caso concreto».

En el nuevo artículo 590-*sexies* se hace una referencia explícita a los delitos de homicidio y lesiones personales culposos; concreta las guías clínicas relevantes, de forma expresa, como aquellas que son definidas y publicadas en el sentido de la ley (art. 5) y se requiere, explícitamente, que las guías clínicas o las buenas prácticas sean adecuadas a las especificidades del caso concreto, evitando la exclusión de responsabilidad por cumplimientos inoportunos. Sin embargo, la regulación adolece de defectos, tales como la desaparición de la referencia al grado de la culpa, las guías clínicas a menudo no existen o aún no han sido acreditadas por falta de unanimidad en la comunidad científica o la confusa interpretación por la jurisprudencia del término “impericia”⁶².

2. FRANCIA

La “Ley núm. 303, de 4 de marzo de 2002 *relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud*” supuso un gran avance en el campo de la responsabilidad civil médica, pues establece un sistema

⁶² Vid. LEONIDA MATTHEUDAKIS, M., “Recientes tendencias (...)”, op. cit.”, págs. 245-249.



de indemnización de los daños ocasionados al paciente, aun en ausencia de un comportamiento culposo del profesional sanitario⁶³.

SEUBA TORREBLANCA⁶⁴ destaca que el art. 98 de la Ley modifica el Título IV del Libro I del Código de Salud Pública (CSP) y lo divide en tres Capítulos: acceso al contrato de seguro, tratamiento de los daños sufridos por el paciente en la asistencia sanitaria y remisión al desarrollo reglamentario.

A su vez, el Capítulo segundo: ("Riesgos para la salud derivados del funcionamiento del sistema sanitario") se divide en seis secciones.

La primera Sección (Principios generales) está integrada por tres artículos referidos, respectivamente, a la responsabilidad de profesionales y centros sanitarios; la obligación de suscribir un contrato de seguro; y la no aplicación de la sección a los daños derivados de la investigación biomédica, sujetos a un régimen jurídico específico (art. L. 1121-10 CSP)⁶⁵.

⁶³ Loi núm. 2002-303, du 4 mars relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé. Conocida como "Ley Kouchner" por el nombre del Ministro de la Salud. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2002/3/4/MESX0100092L/jo/texte>.

Última consulta: 5 de abril de 2024

⁶⁴SEUBA TORREBLANCA, J.C., "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2002, págs.1-5.

⁶⁵ Los tres objetivos principales del texto legal son: desarrollar la denominada «democracia sanitaria» con el reconocimiento



Por lo que se refiere a la responsabilidad, el art. L. 1142-1-I CSP confirma el principio general según el cual, en el ámbito sanitario, la responsabilidad del profesional (*responsabilité médicale*) y del centro sanitario (*responsabilité hospitalière*) sólo puede declararse en caso de culpa o negligencia: «*Salvo en el caso de responsabilidad derivada de un producto sanitario defectuoso, los profesionales de la salud [...], así como cualquier establecimiento, servicio u organismo en el que se realicen actos individuales de prevención, diagnóstico o tratamiento sólo serán responsables de los daños causados en caso de culpa*»⁶⁶.

Tratándose de infecciones nosocomiales, el mismo artículo presume la responsabilidad del centro sanitario, salvo prueba de una causa extraña, como puede ser la culpa del paciente, intervención de un tercero o fuerza mayor: «*Los establecimientos, servicios y organismos serán responsables de los daños resultantes de*

de un conjunto de derechos de los usuarios a fin de incrementar más su participación, mejorar la calidad del sistema sanitario y regular la reparación de los daños derivados de la actividad sanitaria.

⁶⁶ «*Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute*» [Traducción en línea]. Vid. FERNÁNDEZ MUÑOZ, M.L., "Nuevas perspectivas en el tema de responsabilidad por la estructura sanitaria. Estudio de derecho italiano", *Estudios Socio-Jurídicos*, 6 (1), 2004, págs. 139-141: El modelo francés.



infecciones nosocomiales, a menos que acrediten una causa extraña» (art. L. 1142-1.-I CSP)⁶⁷.

No obstante, conforme al art. 1142-1-II CSP, cuando se trate de daños no imputables a culpa del profesional o del centro sanitario — “productos defectuosos, accidente médico, afección iatrogénica o infección nosocomial”— serán reparables con cargo a la “*solidaridad nacional*”, a través de la “Oficina Nacional de Indemnización por Accidentes Médicos, Enfermedades Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales” (ONIAM)⁶⁸. Todo ello siempre que se trate de daños de carácter grave, en atención a la pérdida de capacidades funcionales y a las consecuencias para la vida privada y profesional del paciente, teniendo en cuenta un porcentaje de incapacidad permanente superior al 25% o la duración de la incapacidad laboral temporal.

Posteriormente, se aprobó la Ley núm. 1577, de 30 diciembre 2002, *sobre responsabilidad civil médica* —conocida como *Loi About*— ante las reacciones del sector asegurador frente a las disposiciones de la Ley

⁶⁷ Vid. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A., *La responsabilidad en la asistencia sanitaria en los ordenamientos español y francés [Tesis Doctoral]*, Universidad CEU San Pablo, 2009, págs. 347-348.

⁶⁸ Office National d’Indemnisation des Accidents Médicaux, creada por la Ley núm. 303, de 4 de marzo de 2002, para organizar la indemnización de las víctimas de accidentes médicos. Vid. <https://www.oniam.fr/> Última consulta: 6 de abril de 2024.



303/2002 relativas a indemnizaciones de las infecciones nosocomiales⁶⁹.

No obstante, FERNÁNDEZ MUÑOZ⁷⁰ recalca que la reparación a través de la solidaridad nacional presenta un carácter subsidiario, es decir, opera sólo cuando no concurra responsabilidad del profesional o establecimiento sanitario, pues, en principio, deberán asumir los riesgos derivados del funcionamiento del sistema sanitario.

Asimismo, pese a que se consagra un sistema de responsabilidad civil por culpa (*faute*), siguen existiendo algunos regímenes particulares de responsabilidad, en materia de donaciones de sangre (art. L. 1222-9), vacunas obligatorias (art. L. 3111-9), sobre los efectos personales de los enfermos hospitalizados (art. L. 1113-1 y ss.), fondos de indemnización para las víctimas de transfusiones sanguíneas (art. L. 3122-1 y ss.), previstos en el Código de Salud Pública, con lo que el legislador ha terminado asumiendo distintos supuestos de responsabilidad sin culpa, de previa creación jurisprudencial.

La Ley 303/2002, de 4 de marzo, introdujo también la obligación de los centros y profesionales sanitarios de suscribir un seguro destinado a garantizar la

⁶⁹ Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000234122/>. Última consulta: 6 de abril de 2024.

⁷⁰ Vid. FERNÁNDEZ MUÑOZ, "Nuevas perspectivas (...)", "op. cit.", págs. 139-141.



responsabilidad civil o administrativa que pueda derivarse de los daños que puedan sufrir los pacientes con motivo de la asistencia sanitaria. Se permite, no obstante, que el Gobierno pueda autorizar a las entidades de Derecho público que cuenten con recursos suficientes a acogerse a un régimen de autoseguro (art. L. 1142-2 CSP).

Particular interés ofrece la creación por la Ley de un «*Procedimiento de solución amistosa en caso de accidente médico, afecciones iatrogénicas o infecciones nosocomiales*», (Sección segunda), que se ha mostrado como una alternativa a la judicialización de los conflictos. El procedimiento se realiza ante una Comisión regional de conciliación e indemnización (CRCI). Si se considera competente, ordenará la práctica de un informe pericial para valorar si el daño es indemnizable, su evaluación y la existencia de un responsable (Sección tercera).

A la vista del informe pericial, dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud, la Comisión emitirá un dictamen sobre las circunstancias, causas, naturaleza y alcance del daño, así como sobre el régimen de indemnización aplicable. Este dictamen se notificará al paciente y a la entidad que, en su caso, debe abonar la indemnización.

La indemnización deberá abonarla el asegurador del profesional o centro sanitario —si se ha incurrido en culpa o *faute*— o el Estado, a través de la Oficina (ONIAM), si se trata de daños al margen de toda idea de culpa.

Una vez determinada la existencia de un daño indemnizable, en el plazo de cuatro meses desde la



notificación de la resolución de la Comisión, el asegurador o la Oficina (ONIAM) debe realizar una oferta de indemnización a la víctima o a sus herederos, dentro de los límites de cobertura de los contratos de seguro. La aceptación de la oferta equivale a una transacción, debiendo abonarse en el plazo de un mes. El asegurador puede ser penalizado económicamente si ha realizado una oferta manifiestamente insuficiente (art. L. 1142-14 CSP).

Si el asegurador no ha realizado la oferta, el profesional o la institución no tienen concertado un seguro de responsabilidad civil o este seguro no cubre el montante total de la indemnización, la Oficina, en cuanto responsable de indemnizar en el marco de la solidaridad nacional, debe formalizar una oferta a la víctima. Si la oferta de la Oficina fuera aceptada, la ONIAM se subrogará en los derechos de la víctima frente al responsable del daño o, en su caso, frente a su asegurador (art. L. 1142-15 CSP)⁷¹.

DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ⁷² destaca las indudables ventajas de celeridad de este procedimiento amistoso respecto a los procedimientos jurisdiccionales, señalando una tendencia ascendente en el número de solicitudes de indemnización presentadas ante las CRCI.

⁷¹ La Sección quinta regula las disposiciones penales derivadas del incumplimiento de la obligación de contratar el seguro y la Sección sexta establece la regla de prescripción en materia de responsabilidad médica de diez años "desde la consolidación del daño" (art. L. 1142-28).

⁷² Vid. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, *La responsabilidad en la asistencia sanitaria (...)*, "op. cit.", 2009, pág.378-380.



Además, el artículo 1 de la Ley 303/2002 adopta la conocida doctrina “*anti-perruche*”, al consagrar el principio de que el nacimiento no puede ser nunca un perjuicio.

En los casos de nacimiento de un niño con una deficiencia grave no detectada durante el embarazo, como consecuencia de una culpa grave (*faute caractérisée*), los padres sólo podrán reclamar una indemnización por el daño por ellos sufrido⁷³.

Por último, el art. 11 de la Ley 303/2002 regula la información a la que tienen derecho los usuarios del sistema sanitario y el papel de su voluntad en los tratamientos médicos (arts. L. 1111-1 a L.1111-9 CSP).

3. PORTUGAL

Cuando el paciente acude al Servicio Nacional de Salud (SNS), la prestación sanitaria estará regulada por la “Ley 67/2007, de 31 de diciembre, *sobre el Régimen de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y otras*

⁷³ Art.1: «*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*». Léase: «*Nadie puede alegar un perjuicio por el mero hecho de haber nacido*». [Traducción en línea]. «*Cuando un profesional o institución de la salud es responsable ante los padres de un niño nacido con una discapacidad no detectada durante el embarazo como resultado de una negligencia grave, los padres pueden reclamar una indemnización por sus propios daños. Este perjuicio no puede incluir las cargas especiales derivadas de dicha discapacidad a lo largo de toda la vida del menor. La compensación de estos últimos es una cuestión de solidaridad nacional*» [Traducción en línea].



Entidades Públicas”. Concretamente, el Anexo: “*Régimen de responsabilidad civil extracontractual del Estado y otras entidades públicas*” (art.1)⁷⁴.

Por tanto, la responsabilidad del profesional sanitario que desempeña sus servicios en los centros públicos *lato senso* será extracontractual, siempre que no exista ningún contrato de servicios médicos entre el profesional y el paciente ⁷⁵.

⁷⁴ Ley 67/2007, de 31 de diciembre: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2007-34556775>. Última consulta: 7 de abril de 2024.

⁷⁵ No obstante, según el art. 1.5 de la Ley 67/2007, también se aplicará a la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado y de sus empleados, miembros de órganos sociales, representantes legales o auxiliares, pro acciones u omisiones que adopten en ejercicio de prerrogativas del poder público o que se rijan por disposiciones o principios de derecho administrativo. [Traducción en línea].

Vid. TORRES VOUGA, R., “A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)”, Centro de estudos Judiciários, 2018, págs.1-96; DIAS PEREIRA, A. G. y BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Marco normativo y jurisdiccional de la responsabilidad médica en España y Portugal”, *Práctica de Derecho de Daños*, Revista de responsabilidad civil y seguros, núm. 127, la Ley, 2016; págs. 1-15; DIAS PEREIRA, A. G., “Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, 89 (1), 2013, págs. 253-304; DANIEL DIAS, N., “A responsabilidade civil dos médicos”, *Revista Universidade Católica Portuguesa*, 1 (1), *Juris. Estudos em homenagem ao Professor Adérito Correia* 1(1), 2016, págs. 339-356. o DIAS SIMÕES, F. “A prestação de serviços médicos



El profesional sanitario asume siempre una *obligación de medios*, de manera que se obliga a proporcionar al paciente los medios adecuados a su alcance, de acuerdo con su aptitud profesional, la *leges artis* y los conocimientos científicos actualizados al tiempo de la prestación.

La Ley 67/2007 consagra la institución de la culpa por el «*funcionamiento anormal del servicio*», lo que permite indemnizar al paciente, incluso si no se identifica un agente culpable del daño, prevista en el art. 7: «3. *El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público también serán responsables cuando el daño no ha resultado del comportamiento concreto de un determinado titular, funcionario o agente, o no sea posible probar la autoría personal de la acción u omisión, sino que deba atribuirse a un funcionamiento anormal del servicio. 4. Existe un funcionamiento anormal del servicio cuando, teniendo en cuenta las circunstancias y los estándares medios de resultado, el servicio esté razonablemente obligado a actuar de forma que se evite el daño causado*»⁷⁶.

em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil”, *Dereito: Revista jurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 22 (1), 2013, págs.1-31.

⁷⁶ Art.7 Ley 67/2007: «1. *El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público serán las únicas responsables de los daños resultantes de actos u omisiones ilícitos, cometidos con negligencia leve, por los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes, en el ejercicio de la función administrativa y con motivo de este ejercicio*». «2. *Se concederá una indemnización a las personas perjudicadas por el incumplimiento de la norma ocurrido en el marco del*



La Ley consagra también una cláusula general de “indemnización por sacrificio” que busca resarcir “daños anormales y especiales”: *«El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público indemnizarán a las personas que, por razones de interés general, impongan cargas o causen daños especiales y anormales, y el cálculo de la indemnización deberá tener en cuenta, en particular, el grado en que afecte el contenido sustancial del derecho o interés infringido o sacrificado»* (art.16).

DIAS PEREIRA Y BARCELÓ DOMÉNECH⁷⁷ consideran que esta disposición sería aplicable, por ejemplo, a la vacunación obligatoria, a fin de proteger, en primer lugar, la salud pública y, subsidiariamente, al ciudadano vacunado que asume un sacrificio en beneficio de la colectividad.

En el ámbito de la responsabilidad por riesgo, la ley es innovadora. Así, considera resarcibles cualesquiera daños causados por “cosas, servicios, actividades especialmente peligrosas”, consagrando una responsabilidad semiobjetiva: *«1.El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público responderán de los daños y perjuicios derivados de actividades, cosas o servicios administrativos especialmente peligrosos, salvo que, carácter general, se pruebe la existencia de fuerza mayor o concurrencia de culpa del perjudicad; en este último caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias,*

procedimiento para la formación de contratos a que se refiere el artículo 100 del Código de Procedimiento ante los Tribunales Administrativos, de conformidad con esta ley». [Traducción en línea].

⁷⁷DIAS PEREIRA, A. G. y BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Marco normativo (...), “op. cit.”, págs. 1-15.



el tribunal podrá reducir reduzca o excluir la indemnización»(art. 11)⁷⁸.

En el régimen de responsabilidad extracontractual, el paciente soporta la carga procesal de acreditar la culpabilidad del autor de la lesión. El profesional sanitario sólo responde personalmente en caso de «*dolo o diligencia y cuidado manifiestamente inferiores a aquellos a los que se veían obligados por el cargo*» (art. 8.1). La Administración responderá solidariamente con el personal responsable «*si las acciones u omisiones hubieran sido cometidas en el ejercicio de sus funciones y como consecuencia de dicho ejercicio*» (art. 8.2), sin perjuicio de la acción de repetición contra el profesional (art. 8.3)⁷⁹.

⁷⁸Art.11.2 Ley 67/2007: «*Cuando un acto culposo de un tercero haya contribuido a la producción o agravación de un daño, el Estado y las demás personas jurídicas de derecho público serán solidariamente responsables con el tercero, sin perjuicio del derecho de repetición*» [Traducción en línea].

⁷⁹ Art. 8: «*2. El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público son solidariamente responsables con los respectivos titulares de órganos, funcionarios y agentes, si las acciones u omisiones a que se refiere el párrafo anterior hubieran sido cometidas por éstos en el ejercicio de sus funciones y con motivo de este ejercicio. 3. El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público cuando satisfagan alguna indemnización de conformidad con el párrafo anterior, gozan del derecho de repetición contra los titulares de órganos responsables, funcionarios o agentes, correspondiendo a los titulares de facultades de dirección, vigilancia, superintendencia o tutela adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo ese derecho, sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario que proceda*».



A su vez, el personal sanitario soporta la carga procesal de acreditar la indicación de la actuación médica, un consentimiento informado válido y la observancia de los deberes de objetivos cuidado.

Se prevé incluso una “presunción de culpa leve” en el caso de incumplimiento de los deberes de vigilancia en el art. 10.3: *«Sin perjuicio de la demostración de dolo o culpa leve, se presumirá la existencia de culpa leve en la práctica de actos ilícitos. Además de los demás casos previstos en la ley, también se presumirá la falta leve en aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, cuando se haya producido un incumplimiento de los deberes de vigilancia»*.

En opinión de DIAS PEREIRA Y BARCELÓ DOMÉNECH⁸⁰, esta regla se aplicaría, por ejemplo, al deber de vigilancia que asumen los establecimientos psiquiátricos con relación a los internos.

Además, los profesionales deben concertar un seguro obligatorio de responsabilidad, con el fin de cubrir una posible negligencia médica y hacer frente a la responsabilidad solidaria prevista en el art 8.2 de la Ley. En definitiva, la Ley refuerza un clima de confianza entre pacientes y profesionales sanitarios, de cara a poner freno a la denominada “Medicina defensiva”.

La responsabilidad sanitaria se divide en una responsabilidad por violación de la “*leges artis*” stricto sensu y la responsabilidad por violación del consentimiento informado, ya sea por falta de

⁸⁰ DIAS PEREIRA, A. G. y BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Marco normativo (...)”, “op. cit.”, págs. 1-15.



consentimiento, falta de información o consentimiento no válido.

El Estatuto del Colegio de Médicos portugués, aprobado por la Ley 117/2015, de 31 de agosto, prevé en el artículo 135 (Principios generales de conducta): «1. *El médico debe ejercer su profesión de acuerdo con la lex artis con el mayor respeto por el derecho a la salud de las personas y de la comunidad; 11. El médico debe proporcionar la información adecuada al paciente y de él obtener su consentimiento libre e informado*»⁸¹.

Asimismo, el Reglamento de Deontología Médica 707/2016, de 21 de julio, prevé, en el art. 20: "Consentimiento del paciente": «1. *El consentimiento del paciente sólo es válido si, en el momento de prestarlo, tiene capacidad de decidir libremente, si está en posesión de la información pertinente y si se presta en ausencia de coacción física o moral. 2. Entre la aclaración*

⁸¹Ley 117/2015, de 31 de agosto: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacaoconsolidada/lei/2015-126870030>.

Última consulta: 7 de abril de 2024.

Art. 135 del Estatuto: «1. O médico deve exercer a sua profissão de acordo com a *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade»; «O médico deve fornecer a informação adequada ao doente e dele obter o seu consentimento livre e esclarecido» [Traducción en línea].

Vid. DIAS PEREIRA, A. G, "Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente" *Julgar*, 42 <http://julgar.pt/responsabilidade-civil-em-saude-e-violacao-do-consentimento-informado-na-jurisprudencia-portuguesa-recente/>. Última consulta: 7 de abril de 2024.



y el consentimiento debe haber, siempre que sea posible, un lapso de tiempo que permita al paciente reflexionar y buscar consejo.3. El médico debe aceptar y puede sugerir que el paciente busque otra opinión médica, especialmente si la decisión implica riesgos importantes o consecuencias graves para su salud y su vida»⁸².

En el ámbito de la medicina privada, la relación entre el profesional sanitario y el paciente se basa en un contrato celebrado entre las partes, sujeto al contrato de prestación de servicios previsto en el Código Civil. En esta responsabilidad contractual, el paciente soporta la carga procesal de acreditar el contrato suscrito; su transgresión o cumplimiento defectuoso de la *lex artis* por el personal sanitario; el nexo causal y los daños sufridos.

4. ALEMANIA

El Derecho de responsabilidad médica en Alemania se basa en las normas generales del Derecho de los Contratos del Código Civil alemán (BGB)⁸³ y su desarrollo por la Sala de lo Civil del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH)⁸⁴.

⁸² Reglamento de Deontología Médica 707/2016, de 21 de julio:

https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2649&tabela=leis&ficha=1. Última consulta: 7 de abril de 2024.

⁸³ Bürgerliches Gesetzbuch: Código Civil alemán.

⁸⁴ Bundesgerichtshof: Tribunal federal alemán. Vid. FINN, M., "Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana



FINN⁸⁵ destaca que el Derecho alemán hace una distinción entre la responsabilidad por errores de tratamiento y la responsabilidad por falta de información.

En la mayoría de los juicios de responsabilidad médica, basada en la idea de culpa, además de reprochar un error de tratamiento se reclama por falta de información.

4.1. CONSENTIMIENTO VÁLIDO DEL PACIENTE INFORMADO

El daño no será antijurídico si el paciente, debidamente informado, ha prestado su consentimiento válido. Si la información resulta ser insuficiente o no puede ser acreditada por el médico, según los Tribunales alemanes, el profesional sanitario está obligado a indemnizar los *daños corporales* derivados de la asistencia prestada. La carga de la prueba de la información facilitada le corresponde al personal sanitario. Esa responsabilidad por falta de información se regula en los parágrafos §§ 630d y 630e del BGB.

en el ámbito de la cirugía estética”, *Revista chilena de Derecho privado*, 25, 2015.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200002>.

Última consulta: 8 de abril de 2024.

⁸⁵ FINN, “Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética”, *Revista chilena de Derecho privado*, 25, 2015,

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200002>.

Última consulta: 8 de abril de 2024.



4.2. ERRORES GRAVES DE TRATAMIENTO: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La responsabilidad por errores graves de tratamiento (§ 630h del BGB) se basa en el incumplimiento del “*estándar reconocido de la medicina especializada*” que debe observar todo profesional sanitario. Este concepto comprende tres elementos relevantes: conocimiento científico, experiencia práctica y aceptación profesional. El Tribunal deberá solicitar, en su caso, un dictamen pericial para determinar si se ha observado o no dicho estándar.

Al paciente le incumbe, en principio, la carga de probar el error de tratamiento y su relación de causalidad con el daño. No obstante, se *invierte la carga de la prueba*, en perjuicio del médico, cuando ha cometido un “*grave error de tratamiento*”.

Según la doctrina del BGH, esto sucede cuando concurre una infracción clamorosa de los conocimientos médicos consolidados que forma que, desde el punto de vista objetivo, no se considera comprensible ni aceptable que el daño derive de una actuación médica correcta. El médico soportará la carga de acreditar que el daño no ha sido provocado por un grave error de tratamiento.

4.3. PROCESO CIVIL POR RESPONSABILIDAD MÉDICA.

El paciente puede accionar frente al médico mediante un proceso civil, basando su pretensión en el contrato celebrado (§280 del BGB)⁸⁶ o en las obligaciones

⁸⁶ §280 del BGB: (1) «Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación contractual, el acreedor puede exigir la



derivadas de la responsabilidad extracontractual (§823 Abs.1 del BGB).

Este “Proceso Civil por responsabilidad médica” tiene particularidades procesales. El Tribunal tiene la posibilidad solicitar *de oficio* aclaraciones a las partes cuando albergue dudas sobre el objeto del pleito, así como instar una prueba pericial para comprobar si realmente concurren deficiencias en el tratamiento⁸⁷.

El paciente tiene la carga de acreditar la negligencia médica, así como la relación de causalidad entre dicha negligencia y el daño (§630 h BGB).

No obstante, se *invierte la carga de la prueba*, debiendo el profesional sanitario acreditar que actuó correctamente cuando incurre en un *grave error*; no se ha documentado debidamente la asistencia sanitaria; el error en el tratamiento se atribuye al personal que actuó bajo su supervisión o debe acreditar que ha realizado todo lo necesario para evitar el fallo tecnológico de los equipos utilizados.

IV. UNA LEY DE RESPONSABILIDAD SANITARIA EN ESPAÑA: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

reparación de los daños sufridos. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber». [Traducción en línea].

⁸⁷ Vid. PRÜTTING, H., “Conferencia el proceso civil por responsabilidad médica en el Derecho Alemán”, *Revista chilena de Derecho privado*, núm. 29, 2017, págs. 265-274, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722017000200265>.

Última consulta: 8 de abril de 2024.



En los últimos veinticinco años hemos asistido a un panorama jurídico en el que el ciudadano, cada vez más consciente de sus propios derechos y, en consecuencia, más demandante de una mayor calidad de los servicios públicos sanitarios, exige del profesional una actuación más exquisita, lo que se traduce en un aumento de las reclamaciones sanitarias.

Este fenómeno obedece a su frecuencia, ya que se realizan todos los días millones de actos médicos, y a su trascendencia, al incidir en los bienes más preciados: la salud y la vida⁸⁸.

Si a esto añadimos, señala REVUELTA IGLESIAS⁸⁹, que la promulgación de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, consagra un estatuto del paciente, se concluye que la judicialización de la medicina es una realidad tangible en nuestra sociedad.

Según el "*Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la Justicia Administrativa 2022*"⁹⁰, la mayor parte de litigios sobre responsabilidad patrimonial contra las Administraciones públicas, en el año 2021, se produjeron en el ámbito sanitario (**31,7 %**); seguidos de los litigios en el ámbito tributario (12,7 %); en materia de función pública (12,4 %); sobre contratos, convenios y concesiones públicas (8,5 %); sobre la red viaria, mobiliario y arbolario urbano (4,2 %). El resto de

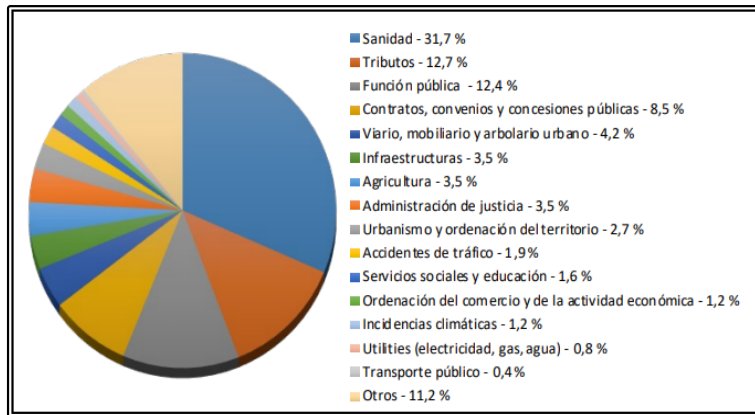
⁸⁸ PANES CORBELLÉ, *La responsabilidad patrimonial (...)*, "op. cit.", págs. 72 y ss.

⁸⁹ REVUELTA IGLESIAS, A.V., "El riesgo de judicialización de la medicina", *Educación Médica*, 9 (1), 2006, págs. 55-56.

⁹⁰ https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2022/11/Informe_CIJA_2022_WEB.pdf

los valores se mantienen en porcentajes similares a los de años anteriores.

Figura 1: Sector de actividad de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en el ámbito contencioso-administrativo (2021) [en porcentaje].



Nota. Fuente: Informe del Consejo General del Poder Judicial a partir del estudio jurisprudencial realizado por el CIJA-UAM.

Si, además, tenemos en cuenta la presencia de Compañías aseguradoras con importantes pólizas de responsabilidad civil, se explica que, en un escaso lapso, la responsabilidad sanitaria haya abandonado su estatus de disciplina marginal y su incidencia residual en los Tribunales hasta la gran preponderancia actual.

El auge de las reclamaciones sanitarias ha alcanzado tal notoriedad que también ha irrumpido en los medios de comunicación social por la trascendencia de los



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

pronunciamientos judiciales, hasta constituir un hecho de notorio y general conocimiento⁹¹.

Considero que convendría que el legislador español se planteara la codificación de la normativa sobre la responsabilidad sanitaria en una *Ley específica* por las siguientes razones:

- Por la relevancia social de la responsabilidad sanitaria para la salud de las personas y su repercusión económica en la contratación de pólizas de

⁹¹ Noticia de 19 de julio de 2023: Indemnizada una familia con seis millones de euros (5.811.391 euros) por una grave negligencia durante un parto. La Audiencia Provincial de Madrid considera que el equipo médico tuvo una actuación negligente provocando secuelas irreversibles a su hijo (parálisis cerebral). <https://www.lavanguardia.com/vida/20230719/9119633/indemnizada-familia-seis-millones-euros-grave-negligencia-parto.html>

Noticia de 27 de enero de 2023: Un juzgado establece la mayor condena por una negligencia en un parto: Pagarán 6,5 millones de euros. El Juzgado de Primera Instancia 71 de Madrid ha condenado a una aseguradora y a un centro hospitalario al pago de una indemnización de más de 6,5 millones de euros – incluyendo los intereses de demora– por una mala praxis médica durante el parto. Sentencia 9/2023, de 13 de enero, PO 776/2020.

<https://www.diariodesevilla.es/juzgado-de-guardia/sentencias/juzgado-establece-negligencia-Pagaran-6-millones-mayor-condena-0-1760824737.html>

Noticia de 26 de septiembre de 2023: EL TSJ de Andalucía condena al Servicio Andaluz de Salud (SAS) a pagar 3,5 millones por demorar una cesárea que causó un 95% de discapacidad.

<https://www.malagahoy.es/malaga/condena-SAS-demorar-cesarea-Hospital-Clinico-Malaga-0-1833417059.html>



responsabilidad por el incremento progresivo de las indemnizaciones reclamadas. En suma, una responsabilidad con unos perfiles muy particulares, que sugieren la necesidad de una regulación específica⁹².

- Por el volumen de litigiosidad en esta materia, que ha obligado a las Administraciones a suscribir millonarias pólizas de seguro y ha provocado el generalizado fenómeno de la “Medicina defensiva”: se prescriben exploraciones o tratamientos que no tienen una finalidad terapéutica, sino que persiguen la protección del profesional ante eventuales reclamaciones. Esto conlleva ralentización en la prestación asistencial y el encarecimiento en su coste económico, con repercusión en la sostenibilidad del sistema de salud⁹³.

Recordemos que el propósito de poner freno a la Medicina defensiva presidió la aprobación de las diferentes Leyes de responsabilidad médica en Italia.

En el año 2021, por primera vez en España, se realizó una encuesta entre profesionales de los Servicios de Urgencias Hospitalarias sobre la importancia de las prácticas asociadas a la medicina defensiva: un 88,7% declaró actuar condicionado por la amenaza de una reclamación judicial; un 89,8% afirmó realizar pruebas

⁹²El incremento progresivo de las cuantías reclamadas determina que cada vez haya menos compañías aseguradoras dispuestas a cubrir los riesgos sanitarios, al tiempo que asistimos a una escalada de precios en el sector mediante el abono a la compañía aseguradora de una prima cada vez más elevada.

⁹³HERNÁNDEZ HERRERO, M., *Medicina defensiva y judicialización: radiografía del litigio en la sanidad pública*, Dikynson, Madrid, 2021.



diagnósticas de dudosa utilidad y un 63% de los profesionales reconoció alargar la estancia de los pacientes en las Urgencias⁹⁴.

En consecuencia, se hace precisa una codificación que proporcione seguridad jurídica tanto al ciudadano como a los profesionales y que reduzca la judicialización de la Medicina, así como el fenómeno creciente de la Medicina defensiva.

Estas circunstancias, unidas al análisis del Derecho Comparado, han inducido a la redactora de este artículo a plantear una propuesta *de lege ferenda* para sentar las bases de una futura *Ley de responsabilidad sanitaria*, comprensiva de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración y de la responsabilidad civil médica:

— Una Ley que exija una infracción de la *lex artis* para su apreciación y que no admita pronunciamientos estimatorios tras reconocer que la actuación médica fue correcta. Estos aislados fallos generan una gran inseguridad en el mundo jurídico.

Ha llamado mi atención la sentencia civil de la Audiencia Provincial de Asturias 70/2023, de 13 de febrero, estimatoria de responsabilidad. El fallo considera que «la *rotura de la aorta se produjo en el acto quirúrgico y, en términos de causalidad física, es la causa del daño sufrido porque la rotura y consiguiente muerte se generó como consecuencia de la intervención, y sin ésta no se habría producido*», lo que le lleva a concluir

⁹⁴ PEREA-PÉREZ, B., MANUEL GARROTE DÍAZ, J. et al., "Medicina defensiva en los servicios de urgencias hospitalarias", *Revista Española de Salud Pública*, vol. 95, 2021, págs. 3-8.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

que *«aunque se usara una técnica correcta y la operación transcurriera sin incidentes, el resultado no fue bueno ni el esperado, produciéndose la muerte del paciente a consecuencia de la rotura de la aorta en el proceso quirúrgico»*⁹⁵.

—Una codificación de la responsabilidad sanitaria limitada a supuestos de infracción de la *lex artis* ayudaría a superar las fuertes críticas a la doctrina de la pérdida de oportunidad del Tribunal Supremo (Sala C-A) y a aquellas sentencias que aprecian esta doctrina: *«[...] aunque es sumamente dudoso que existiera vulneración de la lex artis y que se hubiera llegado a un resultado distinto al que finalmente tuvo lugar»*⁹⁶.

—Dicha Ley permitiría delimitar los daños sanitarios no antijurídicos (art. 32.1 LSP): *«salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley»*.

⁹⁵ Rec. de apelación 413/22. La Audiencia Provincial de Oviedo estima parcialmente el recurso de apelación revocando el fallo desestimatorio del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Oviedo. El subrayado es nuestro.

⁹⁶ STSJ Castilla-León (Sala C-A) 449/2021, de 21 de abril, PO 33/2019. La STS (Sala C-A) 462/2018, de 20 de marzo, configura la pérdida de oportunidad *«como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio»*. Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a.J., “Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, págs. 45-100.



Y, por oposición, los daños sanitarios antijurídicos, que no deben ser soportados por el paciente (art. 34.1 LSP): *«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».*

Ambos preceptos precisan que ha de ser “la Ley” la que determine los daños que los particulares tengan o no el deber jurídico de soportar; mandato legal que el legislador no ha cumplido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria⁹⁷.

— La Ley debería contener una regulación de la carga de la prueba que compete a cada una de las partes en los procesos de responsabilidad sanitaria, evitando la remisión a la normativa civil general (217 LEC).

Asimismo, considero que podría ser de gran utilidad una enumeración legal de los supuestos en los que resulta de aplicación, en estos procesos, la inversión de la carga de la prueba, como una excepción a las reglas generales.

A mi juicio, un profundo análisis jurisprudencial me permite concluir que el Tribunal Supremo, en materia sanitaria, aplica la inversión del *onus probandi* (ex art. 217.7 LEC) con una profusión excesiva, en atención a una supuesta posición preeminente de la Administración respecto de las fuentes de prueba (verbigracia, extravío de la historia clínica, daño desproporcionado, infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria, información,

⁹⁷Una excepción viene constituida por el art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, en el que se enumeran los supuestos indemnizatorios.



pérdida de oportunidad, etcétera)⁹⁸. A mi juicio, una plasmación positiva de los supuestos de inversión de la carga de la prueba permitiría modular este rigor jurisprudencial.

— La Ley que propongo permitiría poner fin a las notorias divergencias que se aprecian entre la doctrina de la Sala Civil y la Sala C-A del Tribunal Supremo. En mi opinión, urge una doctrina homogénea de las Salas del Tribunal Supremo en el cómputo de la prescripción de los daños cerebrales.

La Sala Contencioso-administrativa del Alto Tribunal considera que la encefalopatía hipóxico-isquémica es un daño permanente de carácter irreversible e incurable, cuyas secuelas quedan perfectamente determinadas (*dies a quo*) desde la fecha del Alta del Servicio de Pediatría o Neonatología que se entrega a los padres, donde figura el diagnóstico de "encefalopatía".

Aclara el Tribunal Supremo que las "secuelas" (encefalopatía) no pueden confundirse con los "padecimientos" que lamentablemente derivan de ellas y que, ciertamente, evolucionan en el tiempo (retraso

⁹⁸ Art. 217.7 LEC: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio». Vid. SSTS (Sala C-A) 20 de noviembre de 2012, rec.4891/2011 o de 10 de julio de 2012, rec.3243/2010, entre otras.



psicomotor, parálisis cerebral, epilepsia, retraso en el lenguaje, tetraparesia, dificultad de deglución, etc.)⁹⁹.

En cambio, la Sala Civil del Tribunal Supremo alude a un proceso evolutivo no estabilizado; se remite a las resoluciones de discapacidad para negar que las secuelas estuvieran estabilizadas en un momento anterior; y considera las manifestaciones de la encefalopatía como secuelas independientes, en lugar de simples “padecimientos” o “manifestaciones” derivadas de ella¹⁰⁰.

—La Ley debería acompañar, como Anexo, un sistema de valoración de daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria, previsto en la DA 3ª de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación¹⁰¹.

Sin embargo, sigue sin aprobarse un baremo indemnizatorio de los daños derivados la actividad sanitaria, ampliamente reclamado por los operadores

⁹⁹ SSTS (Sala C-A) de 6 de mayo de 2015, rec.2099/2013; 8 de octubre de 2012, rec.6290/2011 o 18 de enero de 2008, rec.4224/2002, entre otras.

¹⁰⁰ STS (Sala Civil) 279/2020, de 10 de junio, rec.2770/2017.

¹⁰¹ «Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria».



jurídicos. Su elaboración se ha acometido en varias ocasiones, sin éxito¹⁰².

A mi juicio, resulta urgente la aprobación de un *baremo específico* que contemple unas indemnizaciones adecuadas a las peculiaridades de la actividad sanitaria. Su importancia radica en que deberá compaginar unas indemnizaciones proporcionales al daño sufrido con criterios de racionalización que eviten riesgos para la sostenibilidad del sistema sanitario.

— Considero que la Ley debería dedicar un Título a la regulación de un procedimiento de mediación entre el paciente y la Administración o el profesional sanitario. Esta regulación específica para los procedimientos de responsabilidad sanitaria podría inspirarse en la normativa francesa precedentemente expuesta¹⁰³.

El 11 de mayo de 2018 se aprobó el Protocolo de actuación de la Unidad de Mediación intrajudicial de Murcia (UMIN). Se consideran como asuntos idóneos para su derivación a mediación: «2.2.7. *Si existe un alto nivel de incertidumbre en el resultado económico pretendido Responsabilidad civil extracontractual.* b)

¹⁰² MARTÍN CASALS, M., "Más allá del llamado "Baremo sanitario", LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, J. y NAVA MEANA, J.L. (Coords.). *VIII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad civil y Seguro. Ponencias*, Sepin, 2018.

¹⁰³ Vid. Directiva 2008/52/Ce del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 y la Guía del Consejo General del Poder Judicial para la práctica de la Mediación intrajudicial, aplicable a todas las jurisdicciones, 2016. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>



*Responsabilidad civil médica. c) Responsabilidad civil profesional, en general»*¹⁰⁴. En el ámbito contencioso-administrativo se han presentado Protocolos de actuación de Proyectos piloto de mediación, con carácter general, en Burgos, Valencia, Canarias, Valladolid y Madrid¹⁰⁵.

Sin embargo, a mi juicio, en atención a la peculiar naturaleza de la responsabilidad sanitaria, la mediación debería ser objeto de regulación en una Ley específica.

— Asimismo, considero que la Ley debería contemplar un órgano que, al amparo del principio de solidaridad que deriva de la proclamación de España como un Estado Social (art. 1.1 CE), otorgue ayudas al paciente en aquellos daños, especialmente graves, en los que no se logra acreditar una infracción de la *lex artis*, inevitablemente ligados al riesgo inherente a la actividad sanitaria. Hay que tener en cuenta que, en ocasiones, la ciencia médica no es suficiente para restablecer la salud y el daño obedece a la «*inevitabilidad*

¹⁰⁴ Consejo General del Poder Judicial: Mediación civil y mercantil.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-Civil-y-Mercantil/>

¹⁰⁵ Consejo General del Poder Judicial: Mediación contencioso-administrativa.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-contencioso-administrativa/>.

Vid. BLANCO DOMINGUEZ, L.M., "La mediación en el recurso contencioso-administrativo", CHAVES GARCÍA, J.R. (Coord.), *77 aspectos esenciales del proceso contencioso-administrativo*, La Ley, Madrid, 2024, págs. 727-740.



biológica». A mi juicio, estas ayudas mitigarían la presión social que soportan los órganos judiciales de reconocer cuantiosas indemnizaciones en estos daños.

V. CONCLUSIONES

1. La regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, teóricamente, tiene un carácter *objetivo* (art. 106.2 CE y art. 32.1 Ley 40/2015) porque opera tanto en los supuestos de funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, y pone el énfasis en la antijuridicidad del daño, en lugar de hacerlo en la antijuridicidad de la conducta de la Administración.
2. Puesto que este régimen objetivo es incompatible con la esencia de la ciencia médica curativa —por naturaleza inexacta—, el Tribunal Supremo ha modulado los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, introduciendo ciertas matizaciones.
3. En mi opinión, los criterios moduladores, limitadores o correctores de la responsabilidad objetiva de la Administración, tratándose de la asistencia sanitaria, son los siguientes:
 - La Administración sanitaria asume siempre una obligación de medios.
 - *El criterio de la lex artis y lex artis ad hoc (lex scientiae)*. La Administración no será responsable si la conducta de su personal, activa u omisiva, ha sido acorde con la *lex artis ad hoc* (art. 34.1 LSP).



- La Administración sólo responde por el funcionamiento anormal del servicio público sanitario: se ignora abiertamente por los Tribunales de Justicia la responsabilidad objetiva por «*funcionamiento normal*» de la Administración sanitaria.
 - El estado de la ciencia o de la técnica: «*riesgos del progreso o del desarrollo*», legalmente previstos en el art. 34.1 LSP.
 - El consentimiento informado: previsto legalmente en la Ley 41/2002, cuyo contenido ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial.
4. Desde mi punto de vista, el *daño desproporcionado* y la *pérdida de oportunidad* son dos expedientes claramente objetivadores de la responsabilidad patrimonial sanitaria. Si la Administración quiere exonerarse de responsabilidad, por la inversión de la carga de la prueba, soportará, en el primer supuesto, la carga procesal de acreditar su correcta actuación; y, en el segundo, que el daño hubiera acaecido pese a una adecuada asistencia.
 5. La necesidad de una legislación específica de la responsabilidad del profesional sanitario ha sido oportunamente apreciada y atendida en ordenamientos jurídicos tan dispares como los de Italia, Francia, Portugal o Alemania.
 6. Según el “*Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la Justicia Administrativa 2022*”, la mayor parte de litigios sobre responsabilidad patrimonial contra las Administraciones públicas, en el



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

año 2021, se produjeron en el ámbito sanitario (31,7 %).

7. Considero que, ante la importancia que ha adquirido en este siglo la responsabilidad sanitaria, convendría que el legislador español se planteara su codificación mediante una *Ley específica*.

Y ello por su relevancia social para la salud de las personas; su repercusión económica en la contratación de pólizas de responsabilidad por el incremento progresivo de las indemnizaciones reclamadas; el volumen de litigiosidad en esta materia; la necesidad de proporcionar seguridad jurídica al ciudadano y a los profesionales, así como reducir tanto la judicialización de la Medicina como el fenómeno creciente de la Medicina defensiva.

El propósito de poner freno la Medicina defensiva presidió la aprobación de las diferentes Leyes de responsabilidad médica en Italia.

8. Estas circunstancias, unidas al análisis del Derecho Comparado, han inducido a la redactora de este artículo a plantear una propuesta *de lege ferenda* para sentar las bases de una futura *Ley de responsabilidad sanitaria*, comprensiva de la responsabilidad patrimonial sanitaria y de la responsabilidad civil médica:
 - Una Ley que exija una infracción de la *lex artis* para su apreciación y que no admita pronunciamientos estimatorios tras reconocer que la actuación médica fue correcta.



- Una codificación de la responsabilidad sanitaria limitada a supuestos de infracción de la *lex artis* ayudaría a superar las fuertes críticas a la doctrina de la pérdida de oportunidad del Tribunal Supremo, así como a determinados pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Dicha Ley permitiría delimitar los daños sanitarios no antijurídicos de los daños sanitarios antijurídicos, en cumplimiento de la remisión legal prevista en los arts. 32.1 y 34.1 LSP: *“de acuerdo con la Ley”*.
- La Ley debería contener una regulación de la carga de la prueba que compete a cada una de las partes en los procesos de responsabilidad sanitaria, evitando la remisión a la normativa civil general (217 LEC). Asimismo, considero que podría ser de gran utilidad una enumeración legal de los supuestos en los que resulta de aplicación, en dichos procesos, la inversión de la carga de la prueba.
- La Ley que propongo permitiría poner fin a las notorias divergencias que, en ocasiones, se aprecian entre la doctrina de la Sala Civil y la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo.
- Dicha Ley debería acompañar, como Anexo, un sistema de valoración de daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria; un baremo específico que contemple unas indemnizaciones adecuadas a las peculiaridades de la actividad sanitaria.



- Considero que debería dedicar un Título a la regulación específica de un procedimiento de mediación entre el paciente y la Administración o el profesional sanitario, para aliviar la carga de trabajo de los Tribunales. Dicha regulación podría inspirarse en el modelo francés precedentemente expuesto.
- A mi juicio, la Ley debería contemplar un órgano que otorgue ayudas al paciente en aquellos daños, especialmente graves, en los que no se logra acreditar una infracción de la *lex artis* —inevitablemente ligados al riesgo inherente a la actividad sanitaria—, con el objeto de mitigar la presión social que soportan los órganos judiciales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMATO, C.; FERNÁNDEZ M., M.L. et al., *Análisis comparativo de la responsabilidad médica en Italia y en Colombia*, Poli., Colombia, 2018, págs. 9-17.

BLANCO DOMINGUEZ, L.M., "La mediación en el recurso contencioso-administrativo", CHAVES GARCÍA, J.R. (Coord.), 77 aspectos esenciales del proceso contencioso-administrativo, La Ley, Madrid, 2024, págs. 727-740.

CALVO SÁNCHEZ, M^a D., "Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la Medicina", *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, LLAMAS POMBO, E. (Dir.), La Ley, Madrid, 2014.



DANIEL DIAS, N., "A responsabilidade civil dos médicos", *Revista Universidade Católica Portuguesa*, 1 (1), *Estudos em homenagem ao Professor Adérito Correia*, 2016, págs. 339-356.

DIAS PEREIRA, A. G., "Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado", *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, 89 (1), 2013, págs. 253-304.

DIAS PEREIRA, A. G. y BARCELÓ DOMÉNECH, J., "Marco normativo y jurisdiccional de la responsabilidad médica en España y Portugal", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 127, Sección Estudios, la Ley, 2016, págs. 1-15.

DIAS SIMÕES, F. "A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil", *Dereito: Revista jurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 22 (1), 2013, págs.1-31.

DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A., *La responsabilidad en la asistencia sanitaria en los ordenamientos español y francés [Tesis Doctoral]*, Universidad CEU San Pablo, 2009, págs.1-506.

ESTEVE PARDO, J., "Responsabilidad de la Administración y riesgos del desarrollo", *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) y CASARES MARCOS, A.B. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, M.L., "Nuevas perspectivas en el tema de responsabilidad por la estructura sanitaria. Estudio de derecho italiano", *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(1), 2004, págs. 111-148.



FINN, M., "Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética", *Revista chilena de Derecho privado*, 25, 2015, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200002>. Última consulta:8 de abril de 2024.

GALLARDO CASTILLO, M^a.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Cóllex, A Coruña,2021.

GALLARDO CASTILLO, M^a.J., "Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, págs. 45-100.

GRANELLI, C., Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria, *Responsabilità civile e previdenza: Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, vol.83, 2018, págs.410-444.

HERNÁNDEZ HERRERO, M., *Medicina defensiva y judicialización: radiografía del litigio en la sanidad pública*, Dikynson, Madrid, 2021.

LEONIDA MATTHEUDAKIS, M., "Recientes tendencias en la reforma de la responsabilidad penal culposa en Italia: en particular, la reforma de la culpa médica y las diferencias con el enfoque español", *Indret 2* (2020), DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.07, págs.225-269.

MEDIAVILLA CABO, J.V., *Ciclo de diálogos sobre la Administración Pública. Responsabilidad patrimonial*, [Webinar], Blog de Actualidad Vlex, núm. 224, 2023.



PANES CORBELLÉ, L.A., "La responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud", *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A.; CANTERO MARTINEZ, J. (Dir.), vol. II, Capítulo 43, Aranzadi, Pamplona, 2013.

PERIN, A, "La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada", *Política criminal*, 13 (26), 2018, págs. 858-903, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200858>.

Última consulta: 4 de abril de 2024.

PRÜTTING, H., "Conferencia el proceso civil por responsabilidad médica en el Derecho Alemán", *Revista chilena de Derecho privado*, 29, 2017, págs. 265-274, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722017000200265>.

Última consulta: 8 de abril de 2024.

PUEYO CALLEJA, F.J., "La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa", *Revista Derecho y Salud*, 17, 2009.

REVUELTA IGLESIAS, A.V., "El riesgo de judicialización de la medicina", *Educación Médica*, 9 (1), 2006.

RIVERO ORTEGA, R., *El estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999.

RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

RIVERO YSERN, E., *El daño en el Derecho Administrativo*, Juruá, Lisboa, 2019.



SEUBA TORREBLANCA, J.C., "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2002, págs.1-5.

TOLOSA TRIBIÑO, C., *Ciclo de diálogos sobre la Administración Pública. Responsabilidad patrimonial*, [Webinar], Blog de Actualidad Vlex, núm. 224, 2023.

WOOLCOTT, O., "Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el estatuto del consumidor", *Revista Principia Iuris*, núm. 22, 2014-II, págs.237-266.



FUNDAMENTOS, CRÍTICAS Y CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN GENERAL DEL "PIN PARENTAL" EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

D. Juan Azorín Toboso

Profesor Universidad Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco conceptual. 2.1. ¿Qué es el "pin parental"? 2.1.1. Concepto 2.1.2. Naturaleza jurídica 2.2. Regulación o propuestas de regulación del pin parental 2.2.1. Algunas referencias en el ámbito comparado 2.2.2. España. 3. Marco constitucional: ponderación de derechos y principios en pugna 3.1. La posición jurídica de las personas menores de edad frente a la de sus representantes legales en el ámbito educativo: derechos en pugna. 3.1.1. Alcance del art. 27.2 CE: derechos de los menores e interés superior... 3.1.2. Alcance del art. 27.3 CE y derechos de los padres. 3.2. Ponderación 4. Consecuencias de la implementación general del pin parental 4.1. Pin parental como herramienta frente al adoctrinamiento 4.2. ¿Hacia una objeción de conciencia educativa "universal"? 4.3. Pin parental e incertidumbre



5. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA. ANEXOS ANEXO I: Normativa ANEXO II: Jurisprudencia

1. Introducción.

Proclamó el administrativista y director de la Real Academia Española, Santiago Muñoz Machado¹, que “el Derecho es una ciencia del discurso, que se vale de la palabra como intermediaria y tiene su mejor, y casi única, herramienta en la argumentación.”. Pues bien, en los últimos tiempos, dos palabras han sacudido la educación en España como ninguna otra, y la han llevado al centro de la arena política e ideológica. Estas palabras son: “pin parental”.

Así, el pin parental, defendido y criticado desde las más diversas argumentaciones, constituye el objeto de estudio del presente Trabajo de Fin de Máster (en adelante, TFM). El motivo de la elección del mismo radica, justamente, en que supone uno de los principales retos, actualmente existentes, al sistema educativo español. Asimismo, entre las razones que justifican la

¹ Real Academia Española (2013), Los itinerarios de la libertad de palabra. Discurso [de ingreso del autor en la Academia] leído el día 26 de mayo de 2013 en su recepción pública por el Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado y contestación del Excmo. Sr. D. José Manuel Sánchez Ron. Documento en línea, Madrid, 2013, pág. 9 <https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_ingreso_Santiago_Munoz_Machado.pdf> [Fecha de consulta: 19 de abril de 2023]



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

relevancia académica de dicho trabajo se encuentra, precisamente, la indudable actualidad del debate que rodea al pin parental.

Dicha actualidad emana de circunstancias tales como la concreta aplicación de la Ley Orgánica 2/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), en vigor desde enero de 2021, y cuyo calendario de implantación finaliza el próximo curso académico, 2023 – 2024, o las controversias, incluso judiciales, surgidas en torno a la implantación del pin parental en la Región de Murcia, en el verano de 2019.

De hecho, otro de los motivos que fundamentan el interés académico de dicho TFM consiste en la pugna, fundamentalmente de signo político, inherente al mismo, de modo que dicho trabajo pretende aportar algo de claridad y orden respecto a dicha cuestión, caracterizada por enconadas discusiones.

De este modo, se ha empleado, para la realización del presente trabajo, la metodología propia de las ciencias jurídicas, concretamente jurídico- constitucional, con matices administrativos e iusfilosóficos. Asimismo, el método específico utilizado en este trabajo ha sido el método deductivo, por cuanto se parte de lo general, la concepción del pin parental, así como la determinación de su naturaleza jurídica, para luego llegar a lo particular, esto es, analizar si, desde el punto de vista constitucional, puede ser implementado el pin parental.

Consecuentemente, la hipótesis de que se parte en este TFM no es otra que la viabilidad constitucional de la implementación general del pin parental. Mediante dicha



hipótesis, en suma, se pretende abordar la siguiente problemática jurídica:

¿faculta el art. 27.3 de la Constitución Española de 1978² (en adelante, CE) a los representantes legales de los discentes a ejercitar un "derecho al pin parental" y, en tal caso, ¿con qué límites se configuraría tal derecho?

A tal efecto, teniendo en cuenta la hipótesis y problemática descritas, y recurriendo, como principal fuente de información, a la doctrina elaborada al respecto, así como a los diversos documentos normativos, jurisprudenciales y periodísticos que son de aplicación al pin parental, dicho trabajo se orienta hacia la consecución de los siguientes objetivos: como objetivo principal, se pretende determinar la viabilidad, desde el punto de vista de la constitucionalidad material, de una regulación general del pin parental. Como objetivo secundario, por otro lado, se busca analizar la problemática derivada de una eventual implementación general del pin parental, mediante el estudio de las consecuencias que la misma puede comportar.

Por ello, es decir, para la consecución de tales objetivos y, siguiendo el método descrito, se expondrá, en primer lugar, el marco conceptual del pin parental, para lo cual se atenderá, por un lado, a la conceptualización y la determinación de la naturaleza jurídica del pin parental y, por otro, a la regulación (o propuestas de regulación) del mismo y las distintas esferas del conocimiento donde

² Art. 27.3 CE: "Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

se ha proyectado su implementación, tanto a nivel nacional como en el ámbito comparado.

Asimismo, dado el vínculo indisoluble que une al pin parental con el art. 27.3 CE, para responder a las precitadas dudas sobre la viabilidad constitucional de aquel se recurrirá, en el segundo punto del TFM, a un conflicto de derechos: en específico, los recogidos en los apartados 2 y 3 del art. 27 CE³. Tal conflicto de derechos se encuadra en una sección del trabajo que versa, precisamente, sobre el marco constitucional del pin parental, y en la que se ponderarán tales derechos constitucionales en pugna.

Para ello, en dicho conflicto se atenderá, fundamentalmente, al alcance de tales preceptos constitucionales, para así desgranar la singular posición jurídica, en el ámbito educativo, de las personas menores de edad, con sus derechos y con el principio del interés superior del menor, frente a la de sus representantes legales, igualmente con sus respectivos derechos. Se tratará de resolver dicho conflicto, tal y como ha sido anunciado, mediante la ponderación de tales posiciones jurídicas (y del propio pin parental), lo que se realizará a través del conocido "principio de proporcionalidad".

³ Art. 27.2 CE: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales."



Además, se completará el análisis de la cuestión abordada a lo largo del TFM con el estudio de las consecuencias que se pueden derivar de una eventual aplicación general del pin parental. Dichas consecuencias se traducen en una tríada compuesta, primeramente, por la posible utilización del pin parental como herramienta frente al adoctrinamiento, uno de los mayores temores esgrimidos en sede de la educación, especialmente si versa sobre contenidos socialmente debatidos, como la educación sexual o moral, tal y como se estudia en el trabajo.

La segunda de dichas ilaciones, por su parte, se desprende directamente de la naturaleza jurídica del pin parental que, como se observará, radica en calificarla de "objeción de conciencia". A tal efecto, dicha consecuencia consistirá, específicamente, en la posible existencia de una objeción de conciencia educativa "universal", cuestión en la que se aducirán los principales argumentos, tanto a favor como en contra, de dicha posibilidad.

Como tercera de las inferencias que se pueden desprender de una aplicación general del pin parental, se atenderá a la inmensa incertidumbre que dicha aplicación puede introducir en el sistema educativo español. Tal incertidumbre, específicamente, será observada desde el prisma de la planificación que en el mismo se ha de efectuar, así como desde el particularismo que, en éste, puede comportar una implementación general del pin parental.

Finalmente, en el presente Trabajo de Fin de Máster se expondrán el conjunto de conclusiones alcanzadas en el



mismo, mediante las cuales se tratará de contestar a la hipótesis y la problemática planteadas, sintetizando así los aspectos clave de dicho trabajo, y ello antes de indicar la bibliografía y los documentos normativos y jurisprudenciales empleados para su realización.

2. Marco conceptual.

Una vez presentadas las líneas generales sobre las que se discurrirá en el presente Trabajo de Fin de Máster (en adelante, TFM), se torna imprescindible comenzar abordando la cuestión de ¿qué es el “pin parental”? Ello es así por cuanto dicho concepto constituye el punto de partida sobre el que se proyectarán todas las disquisiciones, predominantemente jurídico-constitucionales, que con posterioridad se desarrollarán.

2.1. ¿Qué es el “pin parental”?

Explicar el significado, en términos generales, de un concepto, está estrechamente vinculado a analizar, en el ámbito específico del Derecho, la acepción jurídica de tal concepto, lo que pasa, en gran medida, por determinar la propia naturaleza jurídica del mismo. Ello por cuanto dicha determinación supone un gran condicionamiento a la aplicación del concepto objeto de estudio; aplicación a la que suelen tender, per se, los esfuerzos teóricos de los juristas. En todo caso, sendas cuestiones, “concepto” y “naturaleza jurídica” del pin parental, constituyen los dos puntos que, a continuación, serán abordados.

2.1.1. Concepto.



En el caso que nos ocupa, la doctrina, predominantemente constitucionalista, ha ido trazando diversos matices en torno al concepto de “pin parental”, a lo largo de un tiempo relativamente reciente. Entre tales apreciaciones, es posible destacar, singularmente, la realizada por Rey Martínez⁴, que, recogida por Siverio Luis, radica en que “El empleo de la palabra “PIN” es una metáfora que se trae de la contraseña que los padres pueden generar en los dispositivos digitales para evitar que sus hijos accedan a ciertos contenidos que estiman perniciosos para su educación.”.

En tal metáfora, con todo, podemos entrever, el anuncio de argumentos, tanto a favor como en contra del mismo, y que posteriormente serán desarrollados: por un lado, el rechazo, por parte de los representantes legales de las personas menores de edad, a que éstas se vean expuestas a un contenido al que se oponen, por considerarlo contrario a sus convicciones religiosas, morales o filosóficas o, simplemente, nocivo; por otro, las negativas consecuencias de una decisión adoptada por los precitados representantes que, a nuestro juicio, “ocultan”, como se motivará a lo largo del presente TFM,

⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando (2021a): “El ideario educativo constitucional: objeto de enseñanza y parámetro de validez del sistema educativo”, en BASTIDA FREIJEDO, Francisco José y ALÁEZ CORRAL, Benito (Coords.) *Educación y libertad en la democracia constitucional. Actas del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 57 – 99. Tal referencia ha sido extraída de SIVERIO LUIS, Sergio (2021): “Problemática constitucional del pin parental frente a la educación sexual y de género”, *Cuadernos Constitucionales*, 2, págs. 71-93.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ciertos saberes a dichas personas menores de edad⁵; dificultando, así, su desarrollo.

Una vez anticipadas tales cuestiones, es preciso retornar al concepto del pin parental manejado por el previamente citado Siverio Luis⁶, para quien, el pin parental consiste en "una medida que supone la obligatoriedad de autorización familiar expresa para que el alumnado pueda asistir a actividades complementarias de diversas temáticas, entre ellas sobre educación sexual". Tal autorización, asimismo, es susceptible de ser extendida, al menos teóricamente, a otros tipos de contenido, por ejemplo, ético - moral.

De este modo, deviene necesario reseñar la concepción elaborada por dicho autor, por cuanto de la misma se pueden extraer diversos elementos que se encuentran no sólo en el debate suscitado en torno al pin parental, sino incluso en la propia regulación de éste.

Entre dichos elementos observamos, en primer lugar, la perspectiva de "medida" del pin parental, a tenor de la

⁵ Unas personas menores de edad que no son, o no deberían ser, completamente ajenas a tales decisiones, en función de factores como su grado de madurez, siguiendo a un determinado sector doctrinal, representado en dicho caso por Ignacio Álvarez Rodríguez: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, Universidad Complutense de Madrid (2020): Debatiendo la constitucionalidad del pin parental. Documento en línea: <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/59434/1/Pin%20Parental.pdf>> [Fecha de consulta: 19 y 20 de abril y 15 de junio de 2023]; en este caso pág. 10.

⁶ SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 72.



cual, se vincula a un hecho, que trata de garantizar: que la educación de las personas menores de edad sea compatible con las convicciones de los representantes legales de las mismas, como emanación del art. 27.3 CE, posibilitando, como consecuencia de ello, la facultad parental de excluir determinados contenidos del conocimiento de las personas menores de edad, en tanto que contrarios a dichas convicciones. Pero también puede consistir en la protección de dichas personas menores frente a determinados contenidos, impidiendo el acceso de aquellas a éstos.

Del mismo modo, adquiere relevancia, del concepto de pin parental elaborado por dicho sector doctrinal, cuyo principal exponente es Siverio Luis, el carácter preceptivo de esta medida, de autorización, que conduce a excluir el acceso de los educandos a determinados contenidos sin el previo consentimiento de sus representantes legales, y a imponer al centro escolar la obligación del centro escolar de recabar tal consentimiento o disenso⁷.

Por añadidura, dicho carácter conduce a rechazar una actitud de las autoridades del centro escolar de naturaleza meramente informativa, tanto pública como dirigida individualmente a cada uno de los

⁷ Concebimos que ello puede comportar relevantes consecuencias, en términos de poder inferirse, especialmente del disenso, las convicciones de los representantes legales de los educandos, cuyo desconocimiento está constitucionalmente garantizado, ex art. 16.2 CE ("Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.").



representantes de los educandos, al respecto de las actividades a desarrollar en el mismo. Al contrario, han de recabar la autorización (o denegación) a tal efecto de los representantes legales de las personas menores para que éstos puedan asistir a tales actividades; decisión que no pueden desconocer o rechazar. Todo ello no es óbice, sin embargo, para que, en su caso, un órgano judicial impugne tal decisión, entendiéndose, por ejemplo, que resulta contraria al derecho de los educandos contenido en el art. 27.2 CE.

Asimismo, del concepto de pin parental objeto de estudio también se deduce el tipo de actividades frente a las que se puede ejercitar el pin parental: las actividades complementarias. Ello comporta una interesante conclusión recogida por Álvarez Rodríguez⁸, según la cual, el número de actividades complementarias, esto es, aquellas frente a las que se podría aplicar el pin parental, rondan la unidad por mes,

⁸ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, Universidad Complutense de Madrid (2020): op. cit., pág. 10. En este caso el autor plasma las consideraciones expresadas por Agustín Ruiz Robledo, en ALSINA ÁLVAREZ, Carlos, RUIZ ROBLEDO, Agustín, Onda Cero (2020): Catedrático de Derecho: "Si la ley desde 2007 dice que las actividades complementarias son voluntarias, el pin parental no es ilegal". Entrevista en "Más de uno", realizada el 24 de enero de 2020.

Documento en línea:

<https://www.ondacero.es/programas/mas-de-uno/audios-podcast/entrevistas/actividades-complementarias-pin-parental_202001245e2ab42f0cf2cd32febeb02d.html> [Fecha de consulta: 21 de abril de 2023]



lo que conduce al autor a considerar que “estamos teorizando sobre cosas que en la práctica no está dando realmente quebraderos de cabeza.”.

Por otro lado, atendiendo, en este caso, a la obra de Climent Gallart⁹, cabe destacar cómo el autor concibe el pin parental como “la potestad de los padres de vetar la asistencia de sus hijos a cualesquiera actividades escolares que puedan afectar a la sexualidad o a la moral, y que resulten intrusivas para la conciencia y la intimidad de los menores.”. En consecuencia, se puede observar, frente a la noción de pin parental expuesta con precedencia, que en la empleada por Climent Gallart se incide especialmente en la faceta de potencial lesión a los menores.

Por otro lado, también de lo expuesto por Climent Gallart cabe entrever un aspecto que será comentado con posterioridad, como es la configuración del pin parental como “herramienta frente al adoctrinamiento”¹⁰. La razón de esta configuración obedece a que, frente a determinadas actividades que “resulten intrusivas para la conciencia” de los menores¹¹, siguiendo el concepto del mencionado autor, es preciso aplicar mecanismos para prevenir tal intrusión, como puede ser el pin parental.

⁹ CLIMENT GALLART, Jorge Antonio (2020): “El PIN parental y la jurisprudencia del TEDH”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, págs. 102-121; en este caso, pág. 105.

¹⁰ Vid. 4.1. “Pin parental como herramienta frente al adoctrinamiento.”

¹¹ Vid. 4.1. “Pin parental como herramienta frente al adoctrinamiento.”



Por otra parte, considerando los matices expuestos a la hora de definir qué es, conceptualmente, el pin parental, corresponde atreverse a proponer una noción al respecto, en la que se sinteticen algunos de tales matices. Recogiendo tal mandato, el pin parental consiste, a nuestro juicio, en aquella facultad¹², de la que son titulares los representantes legales de un educando, y que resulta indisponible para las autoridades del centro docente al que acuda dicho educando, por medio de la cual, tales representantes legales impiden la asistencia del educando a determinadas actividades complementarias, en virtud de que su contenido es desaprobado por parte de los propios representantes legales del educando, por ejemplo al contestar sus convicciones.

Finalmente, una vez presentados los elementos fundamentales que componen el concepto de pin parental, se torna imprescindible pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, objeto igualmente de controversia, y que será atendido en el apartado del TFM que sigue.

2.1.2. Naturaleza jurídica.

El pin parental presenta, en términos de naturaleza jurídica, unos matices ciertamente difusos, que conviene analizar. Tales contornos radican en la posible calificación de tal naturaleza jurídica como de "regla", "principio", "derecho" u "objeción de conciencia". En todo caso, en el presente epígrafe del trabajo se tratará

¹² Otra cosa es su naturaleza jurídica.



de discernir en cuál de tales posibles naturalezas jurídicas procede encuadrar la correspondiente al pin parental.

Comenzando con lo relativo a "regla", es preciso referir, con carácter previo, qué cabe entender por tal. Así, en palabras de Alexy¹³, "Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos.". Recogiendo la descripción "alexiana" de las reglas, cabe establecer diversas apreciaciones tanto a favor como en contra de calificar la naturaleza jurídica del pin parental como una de las mismas.

En contra, observamos cómo el carácter "definitivo" del pin parental se debilita al depender su alcance de la efectiva concreción de los ámbitos cognoscitivos frente a los cuales cabe interponer el pin parental, cuestión sobre la que no existe un consenso absoluto¹⁴. No obstante, salvado este matiz, cabe admitir que ese cariz definitivo se muestra en que, habiendo adoptado los representantes legales de las personas menores de edad la decisión de ejercitar el pin parental frente a unas determinadas actividades, tal decisión es vinculante

¹³ ALEXY, Robert (2016): "Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral", en ELÓSEGUI ITXASO, María (coord.) y TUDELA ARANDA, José (dir. de la colección), Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Ed. Marcial Pons, Colección Actas Nº11, págs. 27-45.

¹⁴ Vid. 2.2. "Regulación o propuestas de regulación del pin parental."



para las autoridades del centro escolar, que no pueden introducir en la misma ningún tipo de valoración o matiz, ni supeditarla a su aprobación por parte de una instancia superior.

Por su parte, en lo concerniente a la posible consideración de la naturaleza jurídica del pin parental como de "principio", siguiendo de nuevo a Alexy¹⁵, cabe destacar cómo el autor se refiere a los principios en los siguientes términos: "los principios son mandatos de optimización. Como tales, los principios ordenan "que algo sea cumplido en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes" [¹⁶]. Las posibilidades jurídicas, además de por reglas, vienen determinadas esencialmente por principios opuestos."

Partiendo de dicha concepción, en caso de calificar la naturaleza jurídica del pin parental como de "principio", procede aplicar sobre la misma un conjunto de circunstancias que condicionan el ejercicio correcto y pleno del pin parental. Tales circunstancias son fundamentalmente de signo jurídico y derivan del potencial conflicto existente entre una disposición normativa que faculte a los representantes legales de los educandos para ejercitar el pin parental y otra disposición normativa que restrinja o incluso vede tal posibilidad.

¹⁵ ALEXY, Robert (2016): op. cit., págs. 29 y 30.

¹⁶ Aquí el autor se remite a su obra ALEXY, Robert (2011), *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Frankfurt a.M., 6ª edición, pág. 75.



En tal supuesto de conflicto entre dos (o más) normas, habría que acudir a lo que Prieto Sanchís¹⁷, denomina como "criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias", esto es, mecanismos para solventar tales conflictos entre normas. Siguiendo al precitado autor, tales criterios vendrían a ser: "el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial"¹⁸.

Aplicando dichos criterios al supuesto que nos concierne, conviene señalar que la eficacia del pin parental puede verse limitada, en el primer caso, si la posibilidad de su ejercicio viene contemplada en una norma de rango reglamentario y existe, al mismo tiempo, una norma de rango legal de signo contrario, en cuyo caso la primera se vería expulsada del ordenamiento jurídico por la segunda; idéntico resultado se produce si ambas normas gozan del mismo rango normativo, pero la limitadora del ejercicio del pin parental es cronológicamente posterior a la que prevé su ejercicio.

En tercer lugar, se puede producir una consecuencia de tenor similar si existe una norma que regula el pin parental de manera general y resulta confrontada por otra norma que dispone, por ejemplo, que aquél "no podrá ser ejercitado frente a asignaturas que versen

¹⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, 11, págs. 9-30.

¹⁸ Ídem, pág. 10.



sobre educación medioambiental”, de modo se sustrae el ejercicio del pin parental respecto a dichas asignaturas, quedando abierta la posibilidad de implementarlo en el resto de supuestos posibles.

En otro orden de cosas, la posible consideración de la naturaleza jurídica del pin parental como de “derecho”, en un primer momento ha de ser negada, atendiendo, entre otros factores, a la actualmente nula previsión normativa del pin parental en España y, consecuentemente, de la posibilidad de invocarlo judicialmente. Sin embargo, resulta interesante abordar la cuestión partiendo del ya anunciado derecho fundamental de los padres a que “sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 CE), y proyectar sobre la misma, el prisma del objeto de los derechos fundamentales¹⁹.

En este sentido, el objeto de un derecho fundamental puede consistir en “el deber que pesa sobre el poder público de no hacer algo”, es decir, un deber “de no introducir poder público en determinadas situaciones”²⁰. Desde dicha perspectiva, el objeto del precitado derecho expresado en el art. 27.3 CE puede consistir en que dichas autoridades no impongan la asistencia de los

¹⁹ Una materia estudiada, entre otros autores, por Presno Linera, en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2022): *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales, Colección Debates Constitucionales).

²⁰ Ídem, pág. 124.



discentes a actividades contrarias a las convicciones de sus representantes legales.

Ahí es, precisamente, donde entra en juego el pin parental, en cuanto puede devenir en un elemento de carácter instrumental, para hacer efectivo el aludido derecho fundamental, tratando de salvaguardar su concreción al vedar la posibilidad de que los discentes accedan a determinados contenidos considerados "inapropiados" por sus representantes legales, máxime en tanto que contrarios a sus convicciones.

En lo que respecta a la objeción de conciencia como posible naturaleza jurídica del pin parental, es preciso comenzar destacando la acepción de la misma que realiza Gascón Abellán²¹. La referida autora concibe la objeción de conciencia, diferenciándola así de otros modos de "disidencia", como "aquel incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia (...), que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual"²².

Desgranando tal concepto de la objeción de conciencia, identificamos, en primer lugar, una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico que no se ve atendida. En el caso que nos ocupa, dicha obligación puede consistir en la previsión de la asistencia a una actividad, de contenido contrario a las convicciones de los representantes legales de los educandos, frente a la cual

²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (1990): Obediencia al Derecho y objeción de conciencia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

²² Ídem, pág. 85.



no figura ninguna posibilidad alternativa y cuyo seguimiento puede resultar no sólo obligatorio, sino también computable a efectos del progreso académico del alumnado.

En segundo término, la causa de tal inobservancia de una obligación jurídica radica en la adhesión del individuo o individuos sobre los que pesa dicha obligación, a una panoplia de criterios morales, filosóficos, ideológicos, religiosos o de idéntico signo que, cabe presumir, se erigen como rectores de sus vidas. En tercer lugar, se trata de una "disidencia" de ejercicio particular, distinguiéndose así la objeción de conciencia de otros tipos de disidencia, como la desobediencia civil, ejemplo señalado por Gascón Abellán, para quien ésta puede entenderse como una conducta "pública y colectiva"²³.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, el ejercicio particular de tal "disidencia" corresponde a los representantes legales del concreto alumno o alumna cuya asistencia se requiere a una actividad no deseada por aquéllos, en tanto que, como venimos advirtiendo, resulta contraria a sus convicciones.

En todo caso, y antes de analizar la plasmación fáctica concreta del pin parental, tanto en el ámbito normativo como en el de las áreas cognoscitivas sobre las que tal ámbito se ha proyectado o pretendido proyectar, corresponde pronunciarse más enfáticamente sobre la naturaleza jurídica del pin parental.

²³ Ídem.



A tal efecto, recogiendo los resultados del análisis expuesto anteriormente, consideramos que la naturaleza jurídica del pin parental consiste en la de “objeción de conciencia”, y ello por los siguientes motivos: en primer lugar, la asistencia a las actividades complementarias frente a las que se trata de erigir el pin parental constituye, a nuestro juicio, un deber jurídico, tal y como se dispone en la obra de Siverio Luis quien, no obstante, circunscribe tal carácter obligatorio a aquellas actividades complementarias que sean gratuitas²⁴. Tal deber, según concebimos, se desprende de la escolarización obligatoria impuesta en el art. 27.5 CE²⁵, así como por derivación del objeto de la educación dispuesto en el art. 27.2 CE, que consideramos puede constituir la propia finalidad de tales actividades²⁶.

Tal concepción de la asistencia a las actividades complementarias como un deber jurídico se hace más patente si atendemos a la definición que de éstas realiza Picazo Romero²⁷, a tenor de la cual, tales actividades

²⁴ SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 75.

²⁵ Art. 27.5 CE: “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.”

²⁶ Vid. 2.2. Regulación o propuestas de regulación del pin parental.

²⁷ PICAZO ROMERO, Ana, (2009): Guía para asesorar sobre el funcionamiento de las Asociaciones de madres y padres. Documento en línea <<https://www.educa.jccm.es/alumnado/es/ampa/guia-ampa>> [Fecha de consulta: 5, 6 y 14 de junio de 2023] Dicho texto, que se puede descargar en la página web indicada, fue cedido por FAPA Albacete y editado por la Consejería de Educación y Ciencia (ahora Consejería de Educación, Cultura y Deportes) de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, así como la coordinación de la edición fue realizada



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

“Son aquellas que se realizan en horario lectivo o no lectivo (visitas culturales, charlas, talleres, etc.), como apoyo dentro del desarrollo de currículum”, un currículum que los educandos han de superar, así como que, “Son de obligado cumplimiento para el profesorado y el alumnado.”, lo cual reafirma, efectivamente, la exigencia de asistir a las mismas.

En segundo lugar, siguiendo el criterio de configuración de las objeciones de conciencia indicado por Gascón Abellán, identificamos un incumplimiento de tal deber jurídico, consistente en la inasistencia a tales actividades complementarias por parte de aquellos educandos cuyos representantes legales ejercitan el pin parental.

Finalmente, en apoyo de dicha naturaleza jurídica, compartida desde un determinado sector doctrinal²⁸, cabe ubicar en la conciencia de tales representantes legales la razón para el ejercicio del pin parental. Esto es, a nuestro juicio, sólo un elemento tan indisolublemente unido a la personalidad humana como lo es la conciencia, las convicciones que se mantengan justifican el tratar de evitar la realización de actividades

por el que fuera el Servicio de Comunicación y Participación de la Dirección General de Coordinación y Política Educativa de la precitada Consejería.

²⁸ En este caso, representado por Gómez Abeja (GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): “Apuntes constitucionales sobre el pin parental”, Revista Española de Derecho Constitucional, 124, págs. 203-225; en este caso, pág. 213) o Siverio Luis (SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 76).



cuantitativamente escasas²⁹. Esto es, concebimos una determinada convicción, que sitúa la impartición de la educación sexual y moral en el hogar familiar³⁰, como la razón para el ejercicio del pin parental.

2.2. Regulación o propuestas de regulación del pin parental.

El pin parental, en sus diversas formas, ha sido propuesto e incluso regulado tanto en España como en el ámbito comparado. Son reseñables, así, las coincidencias existentes en ambas esferas con respecto a contenidos frente a los cuales se considera necesario implementar el pin parental. Consecuentemente, corresponde profundizar en el estudio de tales similitudes, así como atender a la propia entidad de sendos ámbitos, y a las divergencias existentes entre los mismos al respecto.

²⁹ Vid. 2.1.1. "Concepto."

³⁰ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ SANMARTÍN, Olga, El Mundo (2020): ESPAÑA. Controversia. Qué es el pin parental, la herramienta para que los padres puedan vetar contenidos en las aulas. Documento en línea:

<<https://www.elmundo.es/espana/2020/01/20/5e257c8ffc6c83085c8b458a.html>> [Fecha de consulta: 12 y 15 de junio de 2023] En tal artículo se dispone que "Vox, PP y las familias defensoras del pin parental argumentan que ese tipo de contenidos son delicados y prefieren enseñárselos en casa, en vez de confiarlos a personas que, en muchos casos, son ajenas al centro educativo."



2.2.1. Algunas referencias en el ámbito comparado.

Fuera de nuestras fronteras, destaca la labor realizada, reclamando la implementación del pin parental o de figuras análogas, en Estados como Brasil o México, al calor, bien de organizaciones sociales en defensa de los derechos de los padres y madres y la protección de la niñez, bien de distintos entes públicos.

En el primero de tales supuestos nos encontramos con el Estado Brasileño, en el que resalta la actuación de colectivos como "Movimento Escola sem Partido" (Movimiento Escuela sin Partido) y su Programa (Programa Escola sem Partido).

En tal Programa, primeramente, se percibe una idéntica preocupación sobre el potencial adoctrinamiento³¹ a desarrollarse en las aulas que, como se examinará en profundidad más adelante, ha sido invocado en España³². No obstante, uno de los puntos controvertidos del Programa radica, a nuestro juicio en el deber que pesa sobre el profesor de "abstenerse de transmitir contenidos y realizar actividades de cuño religioso o moral que puedan estar en conflicto con las convicciones de los padres o responsables de los estudiantes, lo que comprende, evidentemente, cuestiones relacionadas con la moral sexual."³³

³¹ Escola Sem Partido (2020): Por uma lei contra o abuso da liberdade de ensinar.

Documento en línea:

<<http://escolasempartido.org/programa-escola-sem-partido/>> [Fecha de consulta: 25 a 27 de mayo de 2023]

³² Vid. 2.2.2. "España."

³³ Escola Sem Partido (2020): op. cit.



Tal deber comporta que sea extremadamente difícil impartir tales contenidos, no sólo por depender dicha impartición de su adecuación a las más diversas convicciones mantenidas por los representantes legales de los discentes, sino también por el riesgo existente de que, entendiéndose vulnerado dicho deber, se impongan al personal docente encargado de impartir dichos contenidos las graves consecuencias previstas al efecto, que consisten en la posibilidad de “responder, personalmente, en los términos de la ley civil, por los daños que venga a causar al estudiante o a su familia.”³⁴

Finalmente, otro aspecto del pin parental que se manifiesta en el caso brasileño radica en el hecho de que, incluso en centros docentes orientados por “concepciones, principios y valores morales, religiosos o ideológicos”, se requiere la previa autorización “de los padres o responsables de los estudiantes” para “transmitir contenidos y promover actividades identificadas con los referidos principios, valores y concepciones”³⁵.

En lo que respecta a México, por su parte, se asistió mismo a una cierta pugna entre el Poder Federal y diversos Estados, en cuyos Congresos se debatió modificar la legislación estatal educativa para introducir cuestiones vinculadas al pin parental, tal y como atestiguó González-Dávila Boy³⁶.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

³⁶ GONZÁLEZ-DÁVILA BOY, Elena, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación



A tal efecto y, siguiendo a dicha autora, las iniciativas planteadas “proponen que las instituciones educativas requieran de la aprobación previa de los padres y madres de familia o tutores legales de los estudiantes para impartir clases de educación sexual, reproductiva o de género” que, de tal manera, “no solamente cuestionan la educación sexual impartida a los niños, niñas y adolescentes, sino también la educación respectiva a los derechos de las mujeres y de las personas LGTBTTIQ”³⁷. Consecuentemente, es posible contemplar en el caso mexicano un mayor desarrollo de lo que puede comprender la “educación sexual” que en el caso español, como posteriormente se podrá constatar³⁸.

En todo caso, tales iniciativas relativas al pin parental, que llegaron a ser aprobadas en el H. Congreso del Estado de Aguascalientes³⁹, disponían “que “[la

(2020): El pin parental: una amenaza al derecho a la educación sexual en México. Documento en línea: <<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-pin-parental-una-amenaza-al-derecho-la-educacion-sexual-en-mexico>> [Fecha de consulta: 27 de mayo y 15 de junio de 2023]

³⁷ Ídem.

³⁸ Vid. 2.2.2. “España.”

³⁹ Secretaría de Gobernación, Secretaría de Salud, Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, Instituto Nacional de las Mujeres, Consejo Nacional de Población, Consejo Nacional de para Prevenir la Discriminación y Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (2020): ‘Pin Parental’: restricciones al derecho de niñas, niños y adolescentes a la educación laica y a la educación en materia de salud sexual y reproductiva.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

autoridad Educativa Estatal dará a conocer de manera previa a su impartición, los programas, cursos, talleres y actividades análogas en rubros de moralidad, sexualidad y valores a los padres de familia a fin de que determinen su consentimiento con la asistencia de los educandos a los mismos, de conformidad con sus convicciones”⁴⁰.

Mediante dichas iniciativas se introduce, según consideramos, una peligrosa escasez de eficacia práctico-administrativa, al atisbarse un cierto riesgo de selección “a la carta” del contenido educativo, en función de las convicciones mantenidas⁴¹. Tal riesgo obedece, además, a la difícil determinación, en virtud de tales iniciativas, de las diferentes situaciones en las que se pueden impartir contenidos contrarios a las convicciones de los representantes legales de los discentes, así como de los propios contenidos que poseen tal condición.

Por otro lado, y retornando a lo dispuesto por González-Dávila Boy, cabe destacar cómo la autora, en relación a la concepción mantenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la educación sexual, la califica de “derecho”, que “constituye un pilar fundamental en el desarrollo y salud integral de los

Documento en línea:

<<https://www.gob.mx/segob/documentos/pin-parental-restricciones-al-derecho-de-ninas-ninos-y-adolescentes-a-la-educacion-laica-y-a-la-educacion-en-materia-de-salud-sexual>> [Fecha de consulta: 24 de abril y 27 de mayo de 2023]

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ En esta misma línea, vid. 4.3. “Pin parental e incertidumbre.”



menores”, siendo el pin parental un óbice a que los mismos “alcancen una vida libre de violencia y logren tomar las decisiones adecuadas según el estilo de vida que libremente decidan adoptar.”⁴²

En definitiva, el desarrollo de las personas menores de edad deviene, para un determinado sector doctrinal, en un argumento a privilegiar, en este caso, frente a las convicciones parentales, en el seno de las pugnas surgidas en torno al pin parental, ocurriendo algo similar también en el caso español⁴³.

2.2.2.España.

En España, el pin parental ha sido únicamente regulado, como tal, en la Región de Murcia, si bien su implementación ha sido estudiada también en otras Comunidades Autónomas (en adelante, CC. AA.), como la madrileña o la andaluza. Asimismo, de la doctrina y la normativa aplicable al respecto, se desprende que dicha implementación ha sido pretendida para una panoplia de ámbitos cognoscitivos, en cierta medida próximos a los que acaban de ser expuestos en relación al ámbito comparado.

En lo referente a la esfera regulatoria, la previsión normativa del pin parental en la Región de Murcia, efímera en los términos más estrictos que han sido

⁴² GONZÁLEZ-DÁVILA BOY, Elena, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020): op. cit.

⁴³ Vid. 3. “Marco constitucional: ponderación de derechos y principios en pugna.”



indicados⁴⁴, discurrió a través de un proceso caracterizado por los vaivenes jurídico – políticos, y para cuyo estudio ha sido de especial relevancia la obra de, entre otros autores, la ya citada Gómez Abeja⁴⁵. Dicho proceso comenzó en los instantes anteriores al inicio del curso académico 2019-2020, para el cual, en palabras de la mencionada autora, “se adoptó en la Comunidad de Murcia a instancias de Vox [⁴⁶], una previsión según

⁴⁴ Vid. 2.1.1. “Concepto.”, así como, para mayor información sobre las matizaciones al pin parental en dicho sentido que han sido introducidas en Murcia, vid. CARRERES CASANOVES, Fuensanta, La Verdad (2021): Educación impone a los centros un ‘pin parental’ edulcorado el próximo curso. Documento en línea:

<<https://www.laverdad.es/murcia/educacion-impone-centros-pin-parental-edulcorado-proximo-curso-20210723155529-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.laverdad.es%2Fmurcia%2Feducacion-impone-centros-pin-parental-edulcorado-proximo-curso-20210723155529-nt.html>> [Fecha de consulta: 24 y 27 de mayo de 2023] y RUIZ MARTÍNEZ, Javier, Cadena Ser, Radio Murcia (2021): Educación ordena a los colegios murcianos un “pin parental descafeinado” para evitar al Ministerio.

Documento en línea:
<https://cadenaser.com/emisora/2021/07/23/radio_murcia/1627053750_697677.html> [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2023]

Documento en línea:

<https://cadenaser.com/emisora/2021/07/23/radio_murcia/1627053750_697677.html> [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2023]

⁴⁵ GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit.

⁴⁶ Formación política de ámbito nacional y de cariz fuertemente conservador; y en virtud del “compromiso adquirido por el Partido Popular [otra formación política española, la principal en el gobierno de la Comunidad Autónoma murciana durante la legislatura 2019-2023] con



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

la cual los padres deben autorizar expresamente a sus hijos para que asistan a determinada formación complementaria impartida en los centros docentes."⁴⁷ Esto es, se implantó el pin parental, de un modo similar al concepto del mismo manejado por autores como Siverio Luis⁴⁸.

Dicha implantación se introdujo en los arts. 15.2 y 25.2 de dos Resoluciones, una para Infantil y Primaria y otra para Secundaria y Bachiller, de 29 de agosto de 2019, de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno de Murcia, que contenían instrucciones dirigidas a los centros docentes en relación a tal curso académico⁴⁹. Una Consejería que "anunció que se modificarían los decretos de los currículos de primaria y secundaria para incluir la necesaria autorización paterna -con matices [⁵⁰], eso sí- a ciertas actividades complementarias"⁵¹.

Ante ello, el Ministerio de Educación y Formación Profesional recurrió, por la vía contencioso-administrativa, dichas decisiones de la Consejería

Vox para obtener su apoyo para la investidura", como se indica en GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit., pág. 206.

⁴⁷ GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit., pág. 205.

⁴⁸ Vid. 2.1.1. "Concepto."

⁴⁹ GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit., págs. 205 y 206.

⁵⁰ Tales matices consistirían en que dicha autorización se estimaría concedida salvo negativa expresa de los padres, así como que tal autorización no sería requerida "para las charlas impartidas por funcionarios (como policías, bomberos, o jueces) cuya neutralidad se presume.", tal y como se recoge en GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit., pág. 206.

⁵¹ GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit., pág. 206.



murciana ante el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de tal Comunidad Autónoma, el cual adujo la incompatibilidad de dichas previsiones con lo dispuesto en la normativa autonómica aplicable y en la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Por ende, admitió a trámite el recurso interpuesto por el Ministerio y suspendió cautelarmente el precepto murciano relativo a la autorización parental para actividades de personal ajeno al claustro, pero, finalmente, archivó, por Auto de 14 de junio de 2020, el recurso planteado por “pérdida sobrevenida del objeto”, al concluir el curso académico para el que se habrían aplicado tales previsiones⁵².

A pesar de que, en los términos más férreos de autorización que han sido expuestos, el pin parental perdió su vigencia en Murcia, con todo, a día de hoy existe en dicha Comunidad Autónoma una fórmula próxima al mismo, en una versión fundamentalmente informativa. Ello es así por cuanto en el apartado tercero de la instrucción trigésimo cuarta de la Resolución de 28 de julio de 2022, de diversas Direcciones Generales de la Consejería de Educación de la Región de Murcia⁵³, “por la que se dictan instrucciones de comienzo del curso

⁵² Ídem, págs. 207 y 208. La mencionada autora, además, indica que la razón de dicha incompatibilidad radicaba en que el pin parental consistía en “una censura previa que vulneraba el derecho de los alumnos a recibir una educación integral, orientada, como dispone el art. 27.2 CE, al pleno desarrollo de la personalidad

⁵³ Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa y Evaluación, Dirección General de Centros Educativos e Infraestructuras y Dirección General de Formación Profesional e Innovación.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

2022-2023, para los centros docentes que imparten educación infantil y primaria”⁵⁴, se dispone lo siguiente: “La información de cada actividad complementaria se facilitará a madres, padres o tutores legales siete días antes de la celebración de cada una de dichas actividades, de acuerdo con el Anexo II [55]. El centro establecerá los cauces de comunicación oportunos para confirmar la recepción de la información por parte de las familias.”⁵⁶

⁵⁴ Asimismo, una previsión de idéntico tenor a ésta se estableció, en la misma fecha, para la Educación Secundaria Obligatoria y el Bachillerato.

⁵⁵ El mismo consiste en un modelo de información sobre la “Actividad programada por el centro impartida por personal ajeno al claustro”, con diversas casillas en las que se ha de indicar: “Denominación de la actividad”, “Materia o asignatura en cuyo marco se desarrolla la actividad”, “Descripción de la actividad”, “Grupos que participan”, “Contenidos de la actividad”, “Objetivos de la actividad”, “Materiales a utilizar”, “Nombre y titulación de la persona que imparte la actividad”; “Entidad responsable del desarrollo de la actividad, en su caso”, “Fecha”, “Duración (horas)” y “Otra información adicional”.

⁵⁶ Región de Murcia, Consejería de Educación (2022): Resolución de 28 de julio de 2022, de la Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa y Evaluación, Dirección General de Centros Educativos e Infraestructuras y Dirección General de Formación Profesional e Innovación, de la Consejería de Educación por la que se dictan instrucciones de comienzo del curso 2022-2023, para los centros docentes que imparten Educación Infantil y Educación Primaria.

Documento en línea:



En consecuencia, pesa sobre las autoridades de los centros docentes murcianos la obligación de informar a los representantes legales de los discentes sobre las actividades a desarrollar. En todo caso, y como anunciara Carreres Casanoves para el periódico La Verdad⁵⁷, la Consejería de Educación “no pedirá que los padres autoricen la asistencia de sus hijos a la actividad (...), pero en la práctica les da un margen de una semana y deja la puerta abierta para que puedan decidir si mandan a sus hijos a clase ese día o no.”, salvedad hecha de las medidas de carácter sancionador a adoptar por las autoridades del centro en caso de que se produjera una ausencia de tal tipo.

Por otra parte, en las CC. AA. madrileña y andaluza, también se sopesó la idea del pin parental, pero sus Ejecutivos se postularon más próximos a un modelo de “mayor implicación e información de los padres en el proceso educativo de sus hijos”, por ejemplo tendentes a que la elección, por parte de los representantes legales de los educandos, del centro docente en el que escolarizarlos sea óptima (v. gr., que sea compatible con las convicciones de dichos representantes legales de los educandos)⁵⁸.

<[https://www.carm.es/web/descarga?ARCHIVO=INSTRUCCIONES%20DE%20INICIO%20DE%20CURSO%20Infantil%20y%20primaria.pdf&ALIAS=ARCH&IDCONTENIDO=178918&IDTIPO=60&RASTRO=c1655\\$m64251](https://www.carm.es/web/descarga?ARCHIVO=INSTRUCCIONES%20DE%20INICIO%20DE%20CURSO%20Infantil%20y%20primaria.pdf&ALIAS=ARCH&IDCONTENIDO=178918&IDTIPO=60&RASTRO=c1655$m64251)> [Fecha de consulta: 24 a 27 de mayo de 2023]

⁵⁷ CARRERES CASANOVES, Fuensanta, La Verdad (2021): op. cit.

⁵⁸ GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit., págs. 209 y 210.



En lo relativo a los ámbitos cognoscitivos sobre los que se plantea, en España, implementar el pin parental, cabe comenzar identificando la educación sexual humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, y que era “una objeción de conciencia encubierta contraria a la legislación y a lo establecido jurisprudencialmente” como uno de tales ámbitos, lo cual se deduce asimismo del ya analizado concepto de pin parental⁵⁹. En cualquier caso, para comprender correctamente a qué nos referimos mediante la expresión “educación sexual”, es preciso acudir a la definición que diversas Organizaciones Internacionales, entre ellas la UNESCO⁶⁰, han realizado de la “educación integral en sexualidad”, en virtud de la cual, ésta consiste en “un

⁵⁹ Vid. 2.1.1. “Concepto.”, donde tanto de la obra de Siverio Luis como la de Climent Gallart se deduce que la educación sexual se sitúa en la mira del pin parental.

⁶⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) y Organización Mundial de la Salud (OMS) (2018): Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia, París, Ediciones UNESCO, UNESCO. [Edición revisada, Sector de Educación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Agenda Mundial de Educación 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible]; especialmente, pág. 16.



proceso que se basa en un currículo para enseñar y aprender acerca de los aspectos cognitivos, emocionales, físicos y sociales de la sexualidad.”

Además, el objetivo de la misma radica en “preparar a los niños, niñas y jóvenes con conocimientos, habilidades, actitudes y valores que los empoderarán para: realizar su salud, bienestar y dignidad; desarrollar relaciones sociales y sexuales respetuosas; considerar cómo sus elecciones afectan su propio bienestar y el de los demás; y entender cuáles son sus derechos a lo largo de la vida y asegurarse de protegerlos.”⁶¹

De dicha definición se deduce, por un lado, la amplitud del contenido de la educación sexual, que puede abarcar, por ejemplo desde la salud sexual hasta las diversas orientaciones sexuales existentes⁶², e incluso comprender conocimientos relativos a los estudios de género⁶³. Pero de la misma también se deriva la necesidad de ajustar gradualmente el contenido impartido en el contexto de la educación sexual atendiendo al grado de sensibilidad y madurez intelectual, social o psicoemocional del alumnado al que va dirigido⁶⁴.

⁶¹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) et al. (2018), op. cit., pág. 16.

⁶² En este sentido, vid. SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 91.

⁶³ V. gr., igualdad de género, identidad de género...

⁶⁴ En este sentido, vid. art. 30 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 81, a tenor del cual, “la Ley Orgánica



Asimismo, el pin parental puede ser extensible a otros ámbitos cognoscitivos como la educación moral, concebida por García López, Pérez Pérez y Escámez Sánchez⁶⁵, como "el proceso de aprendizaje del estudiante cuando está referido a principios generales, situaciones, valores, disposiciones afectivas y acciones sobre lo que se debe a las personas en las relaciones de unas con otras, a la comunidad política propia, a la comunidad humana y a la naturaleza.". Esto es, la educación moral versa sobre una miríada de conocimientos referentes a diversas pautas de conducta que, según se considera, han de aplicar los educandos a lo largo de sus vidas, en el marco de su desenvolvimiento con su entorno.

Finalmente, no es de extrañar que, en el marco de la educación sexual y la educación moral, sean objeto de exposición o debate cuestiones socialmente debatidas sobre la configuración concreta de esas pautas de conducta, como puede ser la interrupción voluntaria del embarazo, la eutanasia o la bioética, amén de otras cuestiones relacionadas con el cambio climático, la interculturalidad, el feminismo o el colectivo LGTBIQ+. En cualquier caso, se trata de una educación que

3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE) proclama a la educación sexual como principio inspirador del sistema educativo español".

⁶⁵ ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan, GARCÍA LÓPEZ, Rafaela, PÉREZ PÉREZ, Cruz, (2003): "La educación moral ante el reto de la pobreza", Teoría de la Educación. Revista Interuniversitaria, Ediciones Universidad de Salamanca, Vol. 15 ("La educación moral"), págs. 185-212.



consideramos más que necesaria para la plenitud del proceso de aprendizaje del alumnado, y del desarrollo⁶⁶ de su personalidad que, procede recordar, supone la finalidad constitucional de la educación, ex art. 27.3 CE.

3. Marco constitucional: ponderación de derechos y principios en pugna.

Una vez ha sido expuesto el marco conceptual en el que se ubica el pin parental, corresponde adentrarse en los preceptos constitucionales que son de aplicación al debate que en torno al mismo ha surgido, entre los que destacan, especialmente, los apartados 2 y 3 del art. 27 CE, que recogen la singular posición jurídica de los educandos y de sus representantes legales en la educación, y que serán objeto de ponderación, indicándose a tal efecto cuál de ambos ha de entenderse que, en tales circunstancias, ha de entenderse que resulta vencedor en la misma.

3.1. La posición jurídica de las personas menores de edad frente a la de sus representantes legales en el ámbito educativo: derechos en pugna.

De lo que se acaba de referir se desprende que los apartados 2 y 3 del art. 27 de la Constitución española de 1978 recogen los principales derechos invocados en el seno de la controversia suscitada en torno a la implementación del pin parental, de modo que serán desarrollados en esta sección del trabajo, con el fin de

⁶⁶ En esta misma línea, vid. GONZÁLEZ-DÁVILA BOY, Elena, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020): op. cit.



presentar el conflicto constitucional que de los mismos resulta y que se proyecta sobre el pin parental.

3.1.1. Alcance del art. 27.2 CE: derechos de los menores e interés superior.

Comenzando por lo que se deriva de lo dispuesto en el art. 27.2 CE, es preciso destacar cómo el mismo versa sobre "la finalidad que habrá de inspirar toda la acción educativa, que en realidad viene a coincidir con los valores fundamentales consagrados por la Constitución", específicamente en el art. 10.1 CE ⁽⁶⁷⁾⁶⁸. En consecuencia, observamos cómo los derechos fundamentales, junto con los "principios democráticos de convivencia" y el "pleno desarrollo de la personalidad humana", proclamados en el art. 27.2 CE, constituyen la auténtica clave de arco, la estructura que sirve de fundamento y orientación a la educación en España.

Así pues, en virtud del art. 27.2 CE, no se pretende sino "educar ciudadanos para que sean libres, plenamente desarrollados y que respeten o incluso asuman la democracia y los derechos humanos como valores propios"⁶⁹. Por lo tanto, el protagonismo de los

⁶⁷ Art. 10.1 CE: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social."

⁶⁸ MEIX CERECEDA, Pablo Julián (2013): Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

⁶⁹ Íbidem, pág. 208.



educandos en el art. 27.2 CE es absoluto; de ahí que, siempre y cuando no se hayan desarrollado plenamente (intelectualmente, psico-emocionalmente, políticamente), el art. 27.2 CE, mediante su conjunción con el art. 27.1 CE⁷⁰, vela por su protección, así como, precisamente, por que adquieran tal plenitud de su desarrollo.

Dicha protección se ha canalizado a través de la articulación del conocido principio del "interés superior del menor", basado "en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta", y su objetivo radica en "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención [⁷¹] y el desarrollo holístico del niño"⁷². Tal principio encuentra su fundamento constitucional en el art. 39.4 CE, a tenor del

⁷⁰ Art. 27.1 CE: "Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza."

⁷¹ Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

⁷² MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, DEL MORAL BLASCO, Carmela, Universidad Pontificia de Comillas (2017): Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño. [En este caso las autoras sintetizan lo establecido en la Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1[*]) del Comité de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, redactado el 29 de mayo de 2013] [*De la Convención sobre los Derechos del Niño] Documento en línea:

<<https://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-los-derechos-del-nino-publicaciones/guia-para-la-evaluacion-y-determinacion-del-interes-superior-del-nino>> [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2023]



cual, "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos."⁷³

Entre tales acuerdos internacionales cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, y cuyo art. 3.1 anuncia el principio del interés superior del menor en los siguientes términos "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."

En todo caso, tal mandato, de tener en cuenta todas las circunstancias que rodeen a una persona menor de edad respecto a la toma de decisiones que le afecten y en aras a su óptimo desarrollo vital, fue plasmado en el ordenamiento jurídico español en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley de Protección Jurídica del Menor).

En virtud de lo dispuesto por tal precepto: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y

⁷³ Ampliando así, específicamente en relación a las personas menores de edad, el mandato genérico contenido en el art. 10.2 CE, a que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."



considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”

En consecuencia, en el supuesto concreto del pin parental, la decisión a adoptar ha de ser aquella que se entienda más beneficiosa para el interés de la persona menor de edad, cuya asistencia se requiere a determinadas actividades de contenido contrario a las convicciones de sus representantes legales. Para algunos, dicho interés radicará en que adquiera tales conocimientos que se estiman necesarios para su correcto desarrollo⁷⁴. Para otros, en cambio, dicho interés puede consistir en que la persona menor de edad adquiera tales conocimientos en el hogar familiar, y no en un centro docente⁷⁵.

Por ello, en aras a determinar dicho interés superior del menor, resultan de especial ayuda algunos de los criterios establecidos en el art. 2 de la Ley de Protección

⁷⁴ Tal criterio parece derivarse, en lo referente a la educación sexual, de lo manifestado por González – Dávila Boy (2.2. “Regulación o propuestas de regulación del pin parental.”).

⁷⁵ Tal es el discernimiento que mantienen al respecto diversas fuerzas políticas conservadoras (Vox y PP) al respecto, tal y como se atestigua en RODRÍGUEZ SANMARTÍN, Olga, El Mundo (2020): op. cit.



Jurídica del Menor. Concretamente, conviene destacar los siguientes: “La protección del (...) desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.” (apartado 2-a) y “La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.” (apartado 2-b).

De dichos preceptos se derivan diversas consecuencias. En primer lugar, en la utilización del pin parental no se debe dejar de lado, en ningún caso, la búsqueda de la más completa y óptima formación de la persona menor de edad. Es decir, en caso de implementarse el pin parental, se ha de tratar suplir dicha puntual “carencia formativa”, en tanto que ausencia a ciertas actividades, mediante otros conocimientos que hagan de la formación de los educandos lo más amplia posible, para así dar cumplimiento al calificado por Valero Heredia⁷⁶ como “derecho del menor a recibir una formación integral que contribuya al libre desarrollo de su personalidad”.

En segundo lugar, la madurez de la persona menor de edad conduce a matizar, según consideramos, la rotundidad con la que parece afirmarse el pin parental,

⁷⁶ VALERO HEREDIA, Ana (2018): “Integración social y derecho a la educación: a propósito de la Sentencia de 10 de enero de 2017, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, 180, págs. 255-274. Extraído de SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 87.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

especialmente conforme el discente va progresando en su devenir académico y, cabe suponer, va adquiriendo una mayor madurez intelectual, mental o psicosocial. Consecuentemente, tal y como indica Teruel Lozano⁷⁷, “Si el menor tiene madurez suficiente, sus padres no pueden oponerse a que asista a una actividad educativa que a él le interese.”, pese a que ésta pueda ser objeto de la aplicación del pin parental por parte de sus representantes legales.

Para mayor abundamiento, es preciso destacar cómo un determinado sector doctrinal⁷⁸ viene a censurar el pin parental, precisamente por su colisión, entre otros elementos, con la madurez de las personas menores de edad: “Desde la perspectiva de los intereses del menor,

⁷⁷ TERUEL LOZANO, Germán Manuel, LegalToday (2020): Pin Parental e ideario educativo-constitucional: una cuestión abierta al debate democrático.

Documento en línea: <<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-constitucional/pin-parental-e-ideario-educativo-constitucional-una-cuestion-abierta-al-debate-democratico-2020-03-02/>> [Fecha de consulta: 2 de junio de 2023] Extraído de NUEVO LÓPEZ, Pablo (2022): “Educación y libertades educativas. Cuestiones controvertidas de nuestra experiencia constitucional”, en BASTIDA FREIJEDO, Francisco José y ALÁEZ CORRAL, Benito (Coords.) Educación y libertad en la democracia constitucional. Actas del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 131-153. Y asimismo de SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 87.

⁷⁸ En este supuesto representado por la ya mencionada Gómez Abeja (GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): op. cit., págs. 214 y 215).



el pin parental colisionaría con su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad, pues está concebido para su ejercicio por los padres, sin tener en cuenta la voluntad del menor y su grado de madurez en función de su edad (...) y su propia libertad de conciencia (art. 16.1CE⁷⁹), que no necesariamente estará alineada con la de sus progenitores”.

Asimismo, todos los precitados criterios, ex art. 2.3-f) de la Ley de Protección Jurídica del Menor, “deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”. Ello conduce a no negar, de plano, las reivindicaciones parentales esgrimidas al respecto del pin parental cuando se presente un interés de la persona menor de edad contrario a éstas.

A tal efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 2.4 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor [v. gr., las convicciones parentales] deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.”. Y no sólo eso, sino que en tal precepto⁸⁰ también se establece la prevalencia del

⁷⁹ Art. 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”

⁸⁰ Art. 2.4 de la Ley de Protección Jurídica del Menor: “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés



interés superior del menor sobre otros intereses legítimos concurrentes, si bien es cierto que tal prevalencia parece matizarse con la exigencia de valorar asimismo los derechos fundamentales ajenos involucrados en las decisiones y medidas relativas al interés superior del menor, como el expresado en el art. 27.3 CE.

En definitiva, a primera vista puede parecer que, a la hora de tomar una decisión en la que se pondere la posición jurídica parental, por un lado, y el interés superior del menor, por otro, sería este último el que resultaría vencedor⁸¹. Un interés superior del menor que, a nuestro juicio, pasa por la asistencia del mismo a las actividades controvertidas, en tanto que se insertan, con carácter general, en el objeto de la educación previsto por el art. 27.2 CE, esto es, atendiendo a que promueven un completo desarrollo del alumnado, tal y como se ha dispuesto a lo largo de la presente sección del trabajo.

3.1.2. Alcance del art. 27.3 CE y derechos de los padres.

superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.”

⁸¹ En esta misma línea, vid. SIVERIO LUIS, Sergio (2021): op. cit., pág. 87.



La base constitucional relativa a la posición jurídica de los representantes legales de los educandos en la educación reside, tal y como se desprende de lo recogido a lo largo del TFM, en el derecho de los padres "para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones", que se consagra en el ya citado art. 27.3 de la Constitución.

Con todo, si bien éste es el precepto constitucional que protagoniza la pugna, en nuestro caso, con el art. 27.2 CE, también en el art. 27.7 CE⁸² se alude a la singular intervención de los representantes legales de los discentes en la educación: se trata del "derecho a participar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos", tal y como se aduce en la obra de Díaz Revorio⁸³, quien indica como mecanismos de plasmación de tal derecho el Consejo Escolar o el AMPA.

Otro de tales preceptos constitucionales en los que se circunscribe la intervención parental en la educación consiste en el art. 37.9 CE⁸⁴, asimismo indicado por el mencionado autor, quien lo parece situar, dentro de su

⁸² Art. 27.7 CE: "Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca."

⁸³ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): "El derecho a la educación", Anuario Parlamento y Constitución, 2, págs. 267 – 305; en este caso, pág. 288 y ss.

⁸⁴ Art. 37.9 CE: "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."



proyección en el ámbito educativo, como el origen de “determinados derechos educativos de los padres”, ninguno de los cuales, sin embargo, “puede justificar la ausencia de escolarización de éstos en la etapa de la enseñanza básica [como puede suceder mediante la aplicación del pin parental], ya que ésta es obligatoria.”⁸⁵

En consecuencia, el propio derecho de los padres de intervenir en la escolarización de sus hijos parece erigirse en un deber de procurarles tal escolarización. Dicho deber, a nuestro juicio, supone la plasmación, asimismo en el específico ámbito educativo, del principio del interés superior del menor que, en tal ámbito, pasa porque éste sea escolarizado.

Así, una vez presentado el marco constitucional de la posición jurídica parental en la educación, es preciso profundizar respecto a los precitados “derechos educativos” de los padres que, indicados en la obra de Díaz Revorio⁸⁶, radican en el derecho del art. 27.3 CE y en el “derecho a elegir centros distintos a los creados por los poderes públicos”, emanado constitucionalmente de la “libertad de enseñanza” proclamada en el art. 27.1

⁸⁵ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): op. cit., págs. 281 – 282.

⁸⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2013): “Las libertades educativas”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis (Dir.), Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 261 – 293; en este caso, pág. 283.



CE⁸⁷ y de la "Libertad de creación de centros docentes" del art. 27.6 CE⁸⁸.

Del primero de tales derechos, en la obra de Vidal Prado⁸⁹, se desprende la exigencia, que pesa sobre el poder público, de que se imparta "la asignatura de Religión, tanto en centros estatales como en centros no estatales", de modo que en los primeros se realiza "a través de una serie de acuerdos con las distintas confesiones religiosas que tienen una cierta presencia en España" y en los segundos "lo lógico es que, si responden a un ideario, esté prevista ya la enseñanza de la Religión, puesto que los padres elegirán ese centro docente precisamente por su determinada orientación ideológica y religiosa".

De tal modo, las autoridades educativas no asumen un rol "ausente" en lo que respecta a las convicciones parentales en el contexto educativo, sino que han de permitir la posibilidad de que tales convicciones sean expuestas en las aulas. Ahí asumen tales autoridades un papel "de garantía (del derecho de todos a la educación

⁸⁷ Art. 27.1 CE: "Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza."

⁸⁸ Art. 27.6 CE: "Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales."

⁸⁹ VIDAL PRADO, Carlos (2003 – 2004): "Veinticinco años de libertades educativas", Revista de Derecho Político, 58 – 59: Balance de la Constitución en su 25 aniversario, págs. 193 – 213; en este caso, pág. 210.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

y de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral para sus hijos)”, en palabras de Vidal Prado⁹⁰.

Ese sentido de garantía de impartición de contenidos morales y religiosos parece ser compartido en la obra del mencionado Díaz Revorio⁹¹, quien, no obstante, advierte del hecho de que, en caso de impartirse en la enseñanza pública, ello no implica que toda ella se vea condicionada por tales contenidos, así como parece indicar la dificultad de adecuar tal sistema de enseñanza pública en base a las más diversas convicciones, que es a lo que puede obligar el pin parental, como posteriormente se indicará, introduciendo un particularismo en el sistema educativo que éste no está todavía en condiciones de asumir.

En todo caso, siguiendo a Vidal Prado⁹², las autoridades educativas no han de canalizar dicha formación moral y

⁹⁰ VIDAL PRADO, Carlos (2017): “El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros”, *Revista de Derecho Político*, 100: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I), págs. 739 – 766; en este caso, pág. 748.

⁹¹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2022): “Constitución, derecho a la educación y libertad de enseñanza”, en LÓPEZ GUERRA, Luis María, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (Dirs.) *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I. La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos fundamentales y garantías*, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 363 – 390; en este caso, pág. 382.

⁹² VIDAL PRADO, Carlos (2017): op. cit., págs. 755 – 756; el autor se remite, en este caso, a la STS 2097/1985, de 24 de enero, en la que se dispone que, “es precisamente en función de este derecho fundamental [el del art. 27.3 CE] donde



religiosa únicamente a través de los centros docentes de titularidad pública, sino que dicha garantía comprende también la existencia de “«[(...)]centros docentes privados con su ideario educativo propio, donde los padres de familia sientan realizado el derecho fundamental de que sus hijos reciban la formación educativa de acuerdo con sus propias convicciones»”⁹³.

Por otro lado, en lo relativo a la posibilidad de impartir contenidos, por ejemplo, sobre educación moral, en la enseñanza pública, resulta ciertamente interesante acudir a lo dispuesto en la obra de Díez - Picazo Giménez⁹⁴. En la misma se establece lo siguiente:

“[...]El art. 27.3 CE debe ser visto como una interdicción de que el Estado tome partido en los debates morales y políticos, cuyo terreno debe ser la sociedad [95]. Ahora

encuentra justificación el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo que ha de ser siempre compatible con el ideario educativo de la Constitución [como en la propia Sentencia se indica, el establecido en el art. 27.2 CE]”.

⁹³ En ese sentido, vid. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2013): op. cit., pág. 283; en esa sección de la obra, el autor refleja que “Ambos derechos [educativos] están estrechamente relacionados entre sí, ya que la formación religiosa y moral puede conseguirse, entre otras vías, mediante la elección de centros privados con un ideario determinado.”

⁹⁴ DÍEZ - PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2021): Sistema de Derechos Fundamentales, Valencia, Tirant Lo Blanch.

⁹⁵ Vid., en esta misma línea, VIDAL PRADO, Carlos (2012): “La doble dimensión del derecho a la educación”, en CASCAJO CASTRO, José Luis, TEROL BECERRA, Manuel José, DOMÍNGUEZ VILA, Antonio Marcelo, NAVARRO MARCHANTE,



bien, este principio encuentra, a su vez, un tope en el art. 27.2 CE [...]. Ello significa que el Estado puede y debe supervisar que toda actividad de enseñanza (pública y privada) sea respetuosa de dichos postulados básicos: desarrollo de la personalidad, convivencia democrática, derechos fundamentales. Y significa, por

Vicente Jesús (coords.) Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Valencia, tirant lo blanch, págs. 465 - 478. En las págs. 473 - 474 de dicha obra se dispone que "los poderes públicos tienen vedado con carácter general el establecimiento, de modo imperativo, de enseñanzas que tengan por objeto la formación moral y religiosa de los discentes. Se trata de un ámbito constitucionalmente reservado a la exclusiva competencia de los padres.", si bien reconoce, más adelante, que "esto no afectaría a la enseñanza de los valores y principios constitucionales, que sí puede ser prevista por los poderes públicos (...), pero que debe limitarse a la enseñanza de los contenidos de la Constitución y su corolario indispensable (en palabras del Consejo de Estado)". Dentro de tales contenidos, atendiendo específicamente a lo dispuesto, fundamentalmente, en los arts. 9.2 y 14 (libertad e igualdad), 10.1 (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), 16 (libertad ideológica, religiosa y de culto), 20.1 - a) y c) (libertad de expresión y libertad de cátedra), 43 (protección de la salud), y 48 (participación de la juventud) CE, a nuestro juicio, es subsumible la educación sexual y la educación moral, atendiendo a lo establecido en relación a su definición, o lo afirmado al respecto por González-Dávila Boy (2.2. "Regulación o propuestas de regulación del pin parental."), de lo que se deduce la importancia de tales tipos de educación para la promoción de la libertad, de la igualdad, de la salud sexual o de la construcción de unas pautas morales con las que vivir digna y libremente.



ende, que la libertad de los particulares puede ser restringida cuando transgreda este tope y, más aún, que el deber de abstención del Estado en los debates morales y políticos cesa allí donde está en juego el respeto mismo por la convivencia democrática y los derechos fundamentales. Obsérvese que esta es una constatación con consecuencias de profundo calado constitucional: a la vista del art. 27.2 CE resulta difícil sostener que el texto constitucional se funda en una visión puramente procedimental de la democracia, lo que tiene importancia a la hora de dilucidar si el legislador puede adoptar medidas de “democracia militante” frente a los enemigos de la libertad.”⁹⁶

Acogiendo, justamente, lo último que se ha dispuesto en la cita indicada, consideramos que resulta de vital importancia impartir una cierta educación moral y sexual, por cuanto, sin unos patrones de conducta que, eso sí, en tanto que socialmente debatidos, estarán sujetos igualmente a la libre discusión, y que inspiren a la hora del desenvolvimiento de las relaciones sociales, parece poco probable que fructifique la convivencia anteriormente señalada por Díez

- Picazo Giménez.

Para fundamentar tal opción cabe recurrir, de nuevo, a la obra de Díaz Revorio⁹⁷, quien indica cómo, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), concretamente, “en la sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso Kjeldsen, Busk Madsen y

⁹⁶ DÍEZ - PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2021): op. cit., pág. 490.

⁹⁷ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2022): op. cit. pág. 383.



Pedersen”, “«el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»”⁹⁸, “no impide al Estado difundir mediante la enseñanza o educación informaciones que tengan carácter religioso o filosófico, pero le prohíbe perseguir una finalidad de adoctrinamiento” y “que la educación sexual obligatoria en las escuelas públicas, si no persigue dicha finalidad de adoctrinamiento ni tiende a preconizar un comportamiento sexual determinado, no es contraria al Convenio”.

Finalmente, es éste, precisamente, el argumento que, a nuestro juicio, se torna en el más respetuoso con las posiciones jurídicas tanto parentales como de los educandos, por cuanto, sin dejar de lado qué tienen que decir los primeros respecto a la educación moral y religiosa de los segundos, permite que éstos adquieran ciertas nociones (morales, sexuales) vitales para su pleno desarrollo. En todo caso, en el siguiente epígrafe se podrá observar cuál de las dos posiciones jurídicas prevalece, en este supuesto, sobre la otra.

3.2. Ponderación.

Tras presentar el marco constitucional que rodea al debate surgido en torno al pin parental, esto es, lo

⁹⁸ Art. 2 del “Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950), 1952: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”



dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 27 de la Constitución española de 1978, procede discurrir sobre la ponderación que de los mismos se ha de realizar para solventar dicho debate.

A tal efecto, para la realización de dicha ponderación se partirá de una regulación del pin parental que, recogiendo lo que ha sido abordado a lo largo del trabajo, disponga lo siguiente: “Se requerirá la previa autorización de los representantes legales de los educandos para su asistencia a cada una de las actividades complementarias a desarrollar durante el curso académico, y que versen sobre contenidos socialmente controvertidos, singularmente sobre educación sexual y moral”.

En consecuencia, el conflicto de derechos que se suscita en tal ejemplo regulatorio radica en el enfrentamiento entre el derecho de los educandos a una educación que vele por el pleno desarrollo de su personalidad, recogido en el art. 27.2 CE, por un lado, y el derecho de sus representantes legales a que tal educación sea conforme con sus propias convicciones, proclamado en el art. 27.3 CE, por otro.

Así, la ponderación que se llevará a cabo para resolver el aludido conflicto de derechos, se efectuará a través del conocido como “principio de proporcionalidad”. Siguiendo lo establecido por Gascón Abellán⁹⁹, cuando

⁹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2014): “Particularidades de la interpretación constitucional”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (coord.) *Argumentación jurídica*, Valencia, tirant lo blanch, págs. 285 – 316.



se plantea un conflicto entre “de un lado, el principio o norma constitucional que resulta afectada o limitada por una norma o medida pública y, de otro lado, el principio o norma constitucional que pretendidamente constituye el fin o la razón de ser de esa limitación (...), el principio de proporcionalidad implica tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”.

En nuestro caso, la medida pública consiste en la previsión normativa del pin parental, que faculta a los representantes legales de los discentes a su ejercicio, así como la norma prevista en la Constitución a la que obedece tal regulación se ubica en el art. 27.3 CE. Por otro lado, la norma constitucional afectada por el pin parental no es otra que la dispuesta en el art. 27.2 CE, en la que subyace el principio del interés superior del menor, en este caso en el ámbito educativo.

En esta línea, el “subprincipio de idoneidad”, calificado asimismo como “subprincipio de adecuación” por Martínez Zorrilla¹⁰⁰, comporta “que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” [¹⁰¹]. Como podemos apreciar, se impone una

¹⁰⁰ MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2015): “Conflictos normativos”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis (ed. del Vol. 2 y edit. gen.), RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica (edit. del Vol. 2) Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho, volumen dos, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (Serie Doctrina Jurídica, Nº 713), págs. 1307 – 1347.

¹⁰¹ En este punto, Martínez Zorrilla cita a Bernal Pulido, en la siguiente obra: BERNAL PULIDO, Carlos (2003): El principio



doble exigencia: a) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea “constitucionalmente legítimo”, y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin.”.

A tal efecto, el pin parental persigue, a nuestro juicio, un “fin constitucionalmente legítimo”, como es, a tenor de lo dispuesto en el art. 27.3 CE, que la educación de las personas menores de edad sea conforme con las convicciones de sus representantes legales. Consecuentemente, siguiendo el supuesto regulatorio anteriormente expuesto, el pin parental trata de velar por que los “contenidos socialmente controvertidos” impartidos en el seno de las actividades complementarias no sean contrarios a las convicciones de los representantes legales de los discentes.

Asimismo, consideramos que el pin parental también goza de idoneidad o adecuación para alcanzar el precitado fin constitucional. La razón de ello reside en que, mediante el mismo, los representantes legales de los educandos vedan, efectivamente, el acceso de los mismos a contenidos contrarios a sus convicciones; lo cual, en el ejemplo de regulación señalado, se traduce en la posibilidad de que los representantes legales de los discentes no autoricen la asistencia de éstos a las actividades complementarias que versen sobre tales “contenidos socialmente controvertidos”.

de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 687.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

En lo concerniente al “subprincipio de necesidad”, por su parte, resultan ciertamente esclarecedoras las consideraciones elaboradas en torno al mismo por Orozco Solano¹⁰², en las que plasma, además, algunas de las aportaciones de Alexy¹⁰³ y Bernal Pulido¹⁰⁴ al respecto. A tal efecto, según se refleja en la obra de Orozco Solano¹⁰⁵:

“[...]Ahora bien, entre dos o más medidas idóneas o adecuadas para alcanzar el fin propuesto, a la hora de restringir el goce del derecho fundamental, el principio

¹⁰² OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo (2013): “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”, *Revista Judicial (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica)*, 109, págs. 23 – 41.

¹⁰³ La cita empleada por Orozco Solano procede de: ALEXY, Robert (2002): “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, págs. 13 – 64 (en este caso, pág. 28). Con todo, en la propia obra de Alexy (Ídem, pág. 29) no se parece imponer al legislador el deber de implementar el medio más idóneo posible, sino que, por el contrario, la cuestión estriba en “la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales.”

¹⁰⁴ En este supuesto, Orozco Solano extrae la cita de: BERNAL PULIDO, Carlos (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 42.

¹⁰⁵ OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo (2013): op. cit., pág. 31.



de necesidad (Grundsatz der Erforderlichkeit) exige, según Robert Alexy, escoger el más benigno con el derecho fundamental afectado [(...)]. Por su lado, Carlos Bernal Pulido lo ve de la siguiente manera: “de acuerdo con el principio de necesidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” [(...)].

Así, entre todas las medidas idóneas para alcanzar el fin propuesto con la restricción de los derechos fundamentales, el intérprete debe siempre preferir la menos lesiva en el alcance y en el contenido de las libertades fundamentales.”

Por ello, teniendo en cuenta lo que acaba de ser expuesto, a nuestro juicio, el pin parental no resulta la medida menos lesiva o más benigna, entre aquellas adecuadas e idóneas para la consecución de la finalidad constitucional a la que obedece, con el derecho recogido en el art. 27.2 CE. El motivo de ello reside en la existencia de una panoplia de medidas que, configurándose como alternativas al pin parental, suponen una menor, e incluso inexistente, lesión del precitado derecho expresado en el art. 27.2 de la Constitución.

La primera de tales medidas se ubica en el contexto del “ideario educativo” de determinados centros docentes. A la luz de lo establecido por Tomás y Valiente¹⁰⁶, en el

¹⁰⁶ La indicación de la precitada aportación de Francisco Tomás y Valiente ha sido extraída de GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan (2016): “Ideario educativo, derechos humanos y formación



Voto particular que formuló a la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 5/1981, de 13 de febrero de 1981, “el ideario es la expresión del carácter ideológico [más adelante, Francisco Tomás y Valiente indica que se trata “la expresión pública, sintética e inequívoca” de tal carácter] propio de un centro (...) tendente a facilitar a los padres el derecho que a éstos les reconoce el art. 27.3 de la Constitución”.

En consecuencia, la medida alternativa al pin parental que se suscita en este supuesto consiste en la posibilidad de que los representantes legales de los discentes los matriculen en centros docentes con un ideario que sea conforme a sus propias convicciones. De tal modo, los representantes legales de los educandos se aseguran de que en la educación que éstos recibirán subyacen sus mismas convicciones, lo que permite presumir, por ejemplo, que las actividades a desarrollar en tal centro docente no resultarán contrarias a dichas convicciones, preservando así lo dispuesto en el art. 27.3 CE.

No obstante, tal argumento resulta, en cierta medida, insatisfactorio¹⁰⁷, debido a dos factores: principalmente, dicho argumento se enfrenta a grandes dificultades de signo principalmente demográfico y socioeconómico, consistentes, por ejemplo, en que en la localidad donde

del carácter de los futuros profesores”, en CARRILLO FLORES, Isabel (coord.) Democracia y educación en la formación docente, Vic, Eumogràfic / Servei de Publicacions de la Universitat de Vic – Universitat Central de Catalunya, págs. 222 – 226.

¹⁰⁷ En este sentido vid. 3.1.2. “Alcance del art. 27.3 CE y derechos de los padres.”, donde se aborda dicha cuestión desde el prisma de la integración del alumnado.



resida una persona menor de edad, atendiendo al difícil acceso a la misma o a su reducido número de habitantes, o sólo exista un (o varios) centros docentes de titularidad pública o no exista ninguna y el centro docente más próximo a tal localidad sea de este tipo¹⁰⁸. Pero también puede suceder que tales representantes legales no puedan sufragar los costes de la escolarización de dicha persona menor de edad en ese específico centro docente que se alinea con sus convicciones.

Es por ello que, frente a este argumento, surge una segunda medida alternativa al pin parental, como es la existencia de actividades de contenido distinto¹⁰⁹ a aquéllas frente a las cuales los representantes legales de los discentes desean implementar el pin parental. Dicha medida pretende evitar el surgimiento de la "carencia formativa" que, anteriormente señalada, constituya, de tal modo, una merma para el "derecho del menor a recibir una formación integral"¹¹⁰.

Sin embargo, también esta medida se enfrenta una serie de complicaciones de tipo logístico, dado que puede que existan centros docentes sin los recursos humanos, materiales, de planificación o económicos suficientes para la realización de dichas actividades alternativas a

¹⁰⁸ Y, en general, centros docentes no adscritos, "radicalmente" a las convicciones de los representantes legales de los educandos.

¹⁰⁹ V. gr., para ampliar sus conocimientos digitales, económicos, jurídicos, etc.

¹¹⁰ Tal y como aduce de lo manifestado en VALERO HEREDIA, Ana (2018): op. cit., pág. 87 (vid. 3.1.1. "Alcance del art. 27.2 CE: derechos de los menores e interés superior").



las que se serían objeto de la aplicación del pin parental. Además, se sigue produciendo, en tal caso, una cierta carencia de determinados contenidos que concebimos imprescindibles, precisamente, para el pleno desarrollo de la personalidad de los educandos, como puede ser la educación sexual o moral.

Por otra parte, lo “ideal” radica en que la persona menor de edad acceda a los dos tipos de contenido existente, esto es, tanto a las convicciones de sus representantes legales como a aquellos conocimientos sobre los que versan las actividades frente a las que éstos tratan de aplicar el pin parental¹¹¹. Con ello, lo que se pretende es la configuración de un alumnado crítico, como fundamento de una ciudadanía crítica¹¹², si bien no somos ajenos a las confrontaciones escolares y familiares que pueden surgir en tal contexto¹¹³.

Con todo, la medida alternativa al pin parental que reúne, a nuestro juicio, el mayor grado de satisfacción, así como de idoneidad para con lo dispuesto en el art. 27.3 CE, y que resulta ciertamente menos lesiva que el pin parental, surge, precisamente, en el seno de la intervención de los representantes legales de los educandos en su educación.

¹¹¹ En este sentido, vid. VALERO HEREDIA, Ana (2018): op. cit., págs. 263 – 264.

¹¹² Vid. 3.1.1. “Alcance del art. 27.2 CE: derechos de los menores e interés superior.”, dadas las similitudes existentes entre dicha consideración y lo manifestado de la obra de Meix Cereceda en tal apartado del trabajo.

¹¹³ Vid. 3.1.1. “Alcance del art. 27.2 CE: derechos de los menores e interés superior.”



Dicha medida, existente en la actualidad, tiene su origen en las competencias reconocidas en el art. 127 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en la versión del mismo recogida en la LOMLOE, al Consejo Escolar de los centros docentes públicos¹¹⁴, el cual, entre otros miembros, está compuesto, ex art. 126-1-e) LOE, por "Un número de padres y de alumnos, elegidos respectivamente por y entre ellos, que no podrá ser inferior a un tercio del total de los componentes del Consejo."

A tenor de tal precepto, en consecuencia, los representantes legales de los educandos están legalmente facultados para intervenir, por medio de sus

¹¹⁴ En los centros docentes privados concertados, el Consejo Escolar tiene la competencia, según Picazo Romero (PICAZO ROMERO, Ana (2009): op. cit.), de "Elaborar las directrices para la programación y desarrollo de las actividades complementarias" (esto es, aquellas frente a las cuales cabría interponer el pin parental), sino que, en tales centros, la asistencia a las actividades complementarias es voluntaria, a tenor de lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, según el cual, "Son causa de incumplimiento leve del concierto por parte del titular del centro las siguientes: (...) e) Infringir el principio de voluntariedad y no discriminación en las actividades complementarias". Consecuentemente, en dichos centros, los representantes legales de los discentes pueden evitar que se realicen actividades complementarias contrarias a sus convicciones e, incluso si se realizaran, se permite que las personas menores de edad sujetas a su patria potestad, tutela, curatela o figuras jurídicas análogas, no asistan a tales actividades, sin necesidad, a nuestro juicio, de implementar al respecto el pin parental.



representantes en el Consejo Escolar, en el ejercicio de competencias tales como: "Aprobar y evaluar la programación general anual del centro, sin perjuicio de las competencias del Claustro del profesorado en relación con la planificación y organización docente." (art. 127 - b) o "Fijar las directrices para la colaboración, con fines educativos y culturales, con las Administraciones locales y con otros centros, entidades y organismos." (art. 127 - j).

Desgranando tales competencias, cabe referir que, en efecto, los representantes legales de los educandos tienen la posibilidad de, en primer lugar, excluir la realización de actividades cuyo contenido resulte contrario a sus propias convicciones de la programación general anual del centro. Dicha programación, según lo dispuesto en el art. 125 LOE, ha de versar sobre "todos los aspectos relativos a la organización y funcionamiento del centro, incluidos los proyectos, el currículo, las normas, y todos los planes de actuación acordados y aprobados", contenido en el que cabe incluir dichas actividades complementarias susceptibles de la aplicación del pin parental.

Asimismo, los representantes legales de los discentes pueden establecer, por medio del Consejo Escolar, como una de las precitadas pautas a seguir en la colaboración del centro con otras entidades, la no realización de dichas actividades controvertidas o, en general, actividades cuyo contenido verse, por ejemplo, sobre educación sexual o moral.



Con todo, si tales medidas no fueran suficientes y se realizaran o fueran a realizar actividades frente a las cuales no se muestran conformes los representantes legales de los educandos, procede recordar que tales representantes mantienen la posibilidad de acudir tanto a la Inspección de Educación pertinente como a los Tribunales de Justicia¹¹⁵, para tratar de impugnar dicha realización o, en su caso, obtener un resarcimiento por los daños causados por la misma al derecho proclamado en el art. 27.3 CE.

En suma, mediante tales medidas alternativas al pin parental se trata de evitar que, negándolo de manera absoluta o rechazando cualquier elemento sustitutivo del mismo, se vacíe de contenido el precitado art. 27.3 CE, el cual parece proporcionar un determinado margen a alguna suerte de influencia que los representantes legales de los discentes puedan tener sobre su educación, que se canaliza, a nuestro juicio, mediante las alternativas propuestas.

Dichas medidas se reputan menos lesivas que el pin parental, en primer lugar, porque, en la mayoría de los casos, la persona menor de edad puede seguir asistiendo a unas específicas actividades cuyo contenido concebimos imprescindible para la consecución del pleno desarrollo de su personalidad. En segundo lugar, mediante tales medidas se trata de evitar la previamente aludida "carencia formativa" que, en contra de la

¹¹⁵ En este sentido vid. REY MARTÍNEZ, Fernando (2021b): "El ideario educativo constitucional... inclusivo.", Revista de Derecho Político, 111, págs. 13 - 44; en este caso, pág. 24.



formación integral del alumnado, se suscita al emplear el pin parental.

Finalmente, el pin parental resulta más lesivo para el derecho expresado en el art. 27.2 CE que tales medidas alternativas por cuanto parece que prescinde, de un modo absoluto, de consideraciones al respecto de la madurez de la persona menor de edad. Es decir, perteneciendo la titularidad del pin parental a los representantes legales de la persona menor de edad, no se atisba, en el carácter más férreo del pin parental, intervención alguna de la persona menor de edad respecto a su ejercicio, lo cual resulta ciertamente lo opuesto a tener en consideración su madurez, cuestión que, tal y como se mencionó, resulta preceptiva a la hora de determinar aquello que más conviene a las personas menores de edad¹¹⁶.

Así pues, pese a que el pin parental no supera, a nuestro juicio, el segundo de los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad, procede aplicar el tercero

¹¹⁶ Vid. 3.1.1. "Alcance del art. 27.2 CE: derechos de los menores e interés superior.". Además, en este sentido vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, Universidad Complutense de Madrid (2020): op. cit., pág. 10, donde se indica, partiendo de las consideraciones de Agustín Ruiz Robledo al respecto de la voluntariedad de la asistencia a las actividades complementarias plasmada en la LOE, que, "cuando se elija [asistir a tales actividades], en función de la etapa educativa, los padres tendrán algo/bastante/mucho que decir.", de modo que, formulado de manera contraria, las personas menores de edad adquirirán un mayor poder de decisión respecto a las actividades a las que asistir atendiendo al estadio académico en el que se sitúen.



de éstos, es decir, el subprincipio de “proporcionalidad en sentido estricto”, para finalizar, de un modo más completo, la ponderación de los derechos constitucionales aducidos. A tal efecto, siguiendo a Gascón Abellán¹¹⁷:

“[...]La proporcionalidad en sentido estricto o ley de la ponderación [(...)]. Alexy [¹¹⁸] la formula así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” [(...)].

De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación (que va destinada a establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto para el caso concreto) se desglosa en tres pasos:

- (1) Primero hay que definir el grado de no satisfacción o de afectación de un principio; es decir, hay que definir la intensidad de la intervención en el principio.
- (2) Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; es decir, hay que valorar la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

¹¹⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2014): op. cit., págs. 308 – 309.

¹¹⁸ En este punto, en la obra de Gascón Abellán se cita a Alexy, en ALEXY, Robert (1993): Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 161 (traducción de Ernesto Garzón Valdés).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

(3) Y finalmente hay que decidir si la importancia de la satisfacción de ese principio justifica la intensidad de la intervención en el otro. Es decir, hay que decidir qué principio “pesa” más en el caso concreto examinado y, por consiguiente, prevalece sobre el otro.”

Para su consecución, es preciso reflejar, en primer lugar, la gran intensidad de la intervención del pin parental en el derecho expresado en el art. 27.2 CE, así como, en consecuencia, en el principio del interés superior del menor. Dicha intensidad obedece, singularmente, a que se sustrae la asistencia de la persona menor de edad a diversas actividades escolares por exclusiva voluntad de sus representantes legales.

Es decir, por un lado, la educación de la persona menor de edad, que tiene por objeto el pleno desarrollo de su personalidad, resulta, en cierta medida, “cercenada”, por cuanto se impide el acceso de la misma a determinados ámbitos del conocimiento, al margen de la importancia que, a nuestro juicio, tales ámbitos desempeñan, precisamente, para dicho objeto de la educación.

Por otro, a la hora de tomar dicha decisión, y como previamente se ha comentado, no parece tenerse en cuenta la opinión del propio sujeto cuya asistencia a ciertas actividades queda vetada, esto es, la persona menor de edad, y ello de manera contraria a las exigencias impuestas en torno a la determinación de su “interés superior”.

Asimismo, es necesario reconocer que resulta de especial importancia preservar, en tanto que derecho fundamental, el derecho de titularidad parental



estipulado en el art. 27.3 CE, al que obedece, justamente, la utilización del pin parental. Con todo, tal importancia no llega a traducirse en una prevalencia sobre el interés superior del menor. De hecho, siguiendo lo establecido en la obra de Rey Martínez¹¹⁹, “Los padres no tienen, sobre la base del art. 27.3 CE, un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza por parte del Estado”.

Además, cabe considerar que, en efecto, la importancia de satisfacer el derecho plasmado en el art. 27.3 CE, no justifica la intensidad con la que el pin parental afecta al derecho derivado del art. 27.2 CE, en el caso que nos ocupa. Esta ausencia de justificación se torna especialmente visible si atendemos, por un lado, a la escasa entidad de las actividades frente a las que el pin parental puede ser implementado¹²⁰. Por último, dicha falta de justificación también se muestra en la mirada de alternativas que, con la misma finalidad del pin parental¹²¹, resultan ciertamente menos lesivas que el mismo.

A la luz de las razones expuestas o, más específicamente, teniendo en cuenta que el pin parental no supera con éxito la segunda “fase” del principio de proporcionalidad (ni tampoco la tercera), cabe establecer que, en la ponderación realizada para

¹¹⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando (2021b): op. cit., pág. 24.

¹²⁰ Vid. 2.1.1. “Concepto.”

¹²¹ Esto es, lograr una cierta adecuación entre las convicciones de los representantes legales de los educandos y la educación que éstos reciben.



solventar el conflicto de derechos que, en el contexto del pin parental, se suscita entre el art. 27.2 CE y el art. 27.3 CE, el primero prevalece sobre el segundo o, dicho de otra manera, la posición jurídica de las personas menores de edad logra imponerse, en nuestro caso, sobre la de sus representantes legales.

Por ello, en caso de conflicto entre el pin parental y el interés superior de las personas menores de edad, goza de atención preferente este último¹²², de lo que se desprende que, el derecho recogido en el art. 27.3 CE ampara una cierta influencia parental en el ámbito educativo, pero no una facultad de vetar ex ante el acceso de los educandos a la formación, máxime en los supuestos que, como se ha venido resaltando a lo largo del trabajo, resultan especialmente necesarios para el pleno desarrollo de la personalidad de los educandos, al que debe aspirar, justamente, dicha formación.

En definitiva, bajo nuestro punto de vista, procede en este punto negar la viabilidad constitucional de la implementación general del pin parental¹²³, al resultar contraria dicha hipotética viabilidad a lo dispuesto en el art. 27.2 CE. De tal manera, rechazamos la posibilidad de que los representantes legales de los educandos

¹²² Tal parece ser, asimismo, la opinión de Valero Heredia, tal y como se manifiesta en la obra de Álvarez Rodríguez (ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, Universidad Complutense de Madrid (2020), op. cit., pág. 5).

¹²³ Además, cabe recordar que, al posicionarnos a favor de la consideración de la naturaleza jurídica del pin parental como de "objeción de conciencia", procede negar que ésta se desprenda del art. 27.3 CE y, de tal modo, se rechaza el encaje constitucional del pin parental en tal precepto.



ejerciten una suerte de “derecho al pin parental” con fundamento en el art. 27.3 CE; negándose, por tanto, en abstracto, la eventual aplicación general del pin parental.

4. Consecuencias de la implementación general del pin parental:

Una vez analizada la posibilidad, en abstracto, de que el pin parental sea implementado, corresponde estudiar las consecuencias que, en concreto, se pueden derivar de una eventual regulación general del pin parental. Tales consecuencias conducen a negar, asimismo en concreto, la posibilidad de una implementación general del pin parental.

4.1. Pin parental como herramienta frente al adoctrinamiento.

La primera de las consecuencias que se desprenden de una eventual regulación general del pin parental, consistente en su posible utilización como herramienta frente al adoctrinamiento, a pesar de lo que se acaba de señalar, puede parecer inclinar la balanza hacia la admisibilidad de tal regulación. Sin embargo, tal y como se observará al finalizar este epígrafe del trabajo, existen actualmente alternativas al pin parental frente a la lacra del adoctrinamiento que, además, no comportan los graves perjuicios derivados de dicha regulación.

Comenzando con lo relativo a qué cabe entender, propiamente, por adoctrinamiento, destaca la labor



realizada al respecto por Gómez Ramírez¹²⁴, quien indica hasta cuatro distintos “criterios para caracterizar al adoctrinamiento”. Tales criterios comprenden desde concebir el adoctrinamiento “como el acto de formar a una persona o transmitirle contenidos sin que ésta esté de acuerdo y se adhiera voluntariamente a dicho proceso” o la enseñanza de valores (¹²⁵), pasando por “algo muy próximo al interés por persuadir o convencer”

¹²⁴ GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Carlos (2019): “Educación filosófica y democracia: enseñar filosofía para formar personas razonables”, *Analecta Calasanctiana: publicación semestral religioso cultural y de investigación histórica*, 121, págs. 89 – 162.

¹²⁵ En este sentido, Gómez Ramírez refiere, en la pág. 115 de su artículo, que “Si los valores no existen de manera independiente de quien los considera valiosos, transmitir valores sería lo mismo que adoctrinar. Los valores que se enseñan lo son para quien está enseñando, pero podrían no serlo para quien aprende, así que, si se aspira a enseñar legítimamente dentro de un proceso educativo, sería necesario hacerlo sin involucrar valores, de forma neutral. En el trasfondo de este enfoque se encuentra la idea de que el respeto por la libertad de quien aprende debe ser absoluto, así que este debería poder escoger los valores que van a regir sus decisiones y su mirada sobre el mundo.”.



(¹²⁶) y, finalmente, el “recurso a métodos no-rationales de enseñanza”¹²⁷.

Sin embargo, el enfoque escogido por el mencionado autor para calificar una enseñanza de adoctrinadora no radica, precisamente, en tales criterios, sino en “los efectos que dicho acto [un “acto de enseñanza”] tiene sobre los estudiantes, específicamente si los convierte en personas de mente abierta o de mente cerrada”, de modo que “Adoctrinar es, entonces, realizar acciones de enseñanza que conduzcan a un individuo a tener mente cerrada”¹²⁸.

Así, este enfoque resulta, a nuestro juicio, el más plausible al respecto. La razón de ello reside en que tal configuración del adoctrinamiento es la que atenta de un modo más directo contra la finalidad de la educación que, cabe recordar, consiste, ex art. 27.2 CE, en el “pleno desarrollo de la personalidad humana”, un desarrollo que se torna “contaminado” en los supuestos de adoctrinamiento. Y, por ende, tal noción del adoctrinamiento impide la consecución de una

¹²⁶ En este caso, en GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Carlos (2019): op. cit., pág. 116, se aduce la eventual intención del docente en “introducir en quien aprende una o varias de sus propias creencias por medio de actitudes que demuestran un excesivo interés en hacerlo”, de modo que “quien aprende creyese indubitablemente en la veracidad de dichas creencias”.

¹²⁷ GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Carlos (2019): op. cit., págs. 114 – 116.

¹²⁸ Ídem, pág. 117.



“ciudadanía crítica”¹²⁹, a la que debe aspirar la educación en España.

Una vez establecido el concepto de adoctrinamiento que cabe manejar en el presente trabajo, procede vincularlo con la posibilidad de implementar el pin parental en caso de que una enseñanza se figure adoctrinadora. A tal efecto, consideramos que, efectivamente, el pin parental sí que puede ser una herramienta útil contra el adoctrinamiento, en el sentido de que, si los representantes legales de los educandos consideran que una actividad para la que se requiere la asistencia de éstos adolece de un matiz adoctrinador, mediante el pin parental pueden evitar que acudan a la misma y, en consecuencia, extraerlos del eventual adoctrinamiento que en la realización de dicha actividad pueda suceder.

Desde tal perspectiva, la utilidad del pin parental se hace visible, precisamente, al impedir el acceso de los educandos a determinadas actividades que, a juicio de sus representantes legales, resultan adoctrinadoras. Dicha utilidad se incrementa en caso de que los distintos mecanismos de intervención de los representantes legales de los educandos¹³⁰ resulten infructuosos. Esto es, en el supuesto de que, pese a advertir que una actividad cuya realización se propone posee un contenido adoctrinador, no obstante, se acabe decidiendo por llevar a cabo dicha actividad. En tal caso, aquellos representantes legales de los educandos que

¹²⁹ Vid. 3.1.1. “Alcance del art. 27.2 CE: derechos de los menores e interés superior.”

¹³⁰ V. gr.: en la AMPA, el Consejo Escolar, etc. (vid. 3.2. “Ponderación”).



hayan señalado tal carácter adoctrinador de la actividad pueden evitar que éstos asistan a la misma aplicando el pin parental.

No obstante, para ello se requiere que las autoridades del centro informen con profuso detalle¹³¹ sobre dicha actividad a los representantes legales del centro, en aras a que formen su opinión respecto al carácter adoctrinador o no de ésta. Si no, difícilmente podrán dilucidar, con carácter previo a la puesta en práctica de la actividad susceptible de ser adoctrinadora, que adolece de tal condición, y así evitar, mediante el pin parental, que los educandos se expongan al adoctrinamiento que dicha actividad pueda proyectar sobre los mismos.

Pese a ello, en el caso de que la facultad de decidir si una actividad posee o no carácter adoctrinador o, en un sentido más genérico, qué actividades o contenidos son adoctrinadores, corresponda a los representantes legales de los discentes, subyace a dicha decisión una potencial objeción de conciencia educativa universal¹³².

La motivación radica en la posibilidad de que, en virtud de tal decisión, los representantes legales de los educandos extiendan el ámbito de aplicación del pin parental a todos aquellos contenidos, impartidos en actividades e incluso asignaturas de obligada asistencia,

¹³¹ Por ejemplo, sobre el tema de dicha actividad, el profesional u organismo encargado de impartirla, su contenido y finalidades, etc., tal y como sucede en el caso murciano (Vid. 2.2.2. "España").

¹³² Vid. 4.2. "¿Hacia una objeción de conciencia educativa "universal"?"



que consideran que atentan contra su conciencia. Dicho de otro modo, si se establece la asistencia a una determinada actividad de un alumno o alumna cuyos representantes legales estiman que dicha actividad atenta contra sus convicciones, pueden objetar en conciencia frente a ésta, impidiendo, mediante el pin parental, que dicho alumno o alumna acuda la misma¹³³.

Asimismo, la decisión de los representantes legales de los discentes de, mediante la aplicación del pin parental, evitar que asistan a ciertas actividades que estiman adoctrinadoras, en algunos casos simplemente porque no comulguen con los contenidos impartidos en las mismas, introduce, a nuestro juicio, un serio riesgo de incertidumbre. Tal riesgo de incertidumbre, tal y como

¹³³ En este sentido, en la obra de Álvarez Rodríguez (ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, Universidad Complutense de Madrid (2020), op. cit., pág. 5) se recoge cómo, la opinión de Valero Heredia (VALERO HEREDIA, Ana, infoLibre (blog AIRevésyAlDerecho) (2020): El "pin parental" es inconstitucional. Documento en línea:

<https://www.infolibre.es/opinion/blogs/al-reves-al-derecho/pin-parental-inconstitucional_132_1247506.html> [Fecha de consulta: 6 de junio de 2023]) al respecto, consistente en que "introduce [Ana Valero Heredia] una variante interesante porque es una de las que más juego da en esta materia. Esa es la objeción de conciencia. En principio, algunos padres alegan para apoyar la medida [el pin parental] que, al igual que se reconoce en otros ámbitos, también podrían "objectar en conciencia" y que sus hijos no acudieran a las actividades educativas. Valero recuerda que para que se pueda hablar de una objeción constitucionalmente válida debería estar expresamente prevista por ley".



se desarrollará con posterioridad¹³⁴, consiste en un efecto especialmente nocivo para la práctica educativo-administrativa: una eventual objeción de conciencia educativa universal quiebra, según consideramos, de un modo radical, la propia planificación de la educación.

El legislador educativo tiene, en tal caso, serias dificultades a la hora de configurar el conjunto de contenidos a desarrollar en las aulas, al ser la mayoría de ellos controvertibles no ya socialmente, sino individualmente, por los representantes legales de los educandos y, en consecuencia, tales contenidos son susceptibles de ser vetados por dichos representantes. También tienen dificultades, en este caso el personal docente, para la preparación de los contenidos a tratar, al no poder conocer, con precisión, el número exacto de alumnos y alumnas que serán destinatarios de los mismos o, dicho de otro modo, los educandos cuyos representantes legales no han ejercitado el pin parental frente a tales contenidos.

Por ello, resulta de especial interés acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) aplicable al respecto, al arrojar luz sobre qué debe entenderse sobre una formación "adoctrinadora", y no depender dicha determinación de cada uno de los representantes legales de los educandos. A tal efecto, en virtud de lo recogido en la obra de Contreras Mazarío¹³⁵, el TS:

¹³⁴ Vid. 4.3. "Pin parental e incertidumbre."

¹³⁵ CONTRERAS MAZARÍO, José María (2021): "Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la



“[...]diferencia entre los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional –contenidos en normas jurídicas vinculantes y representados sobre todo por los derechos fundamentales– y la explicación del pluralismo existente en la sociedad en sus diversas manifestaciones. En relación con los primeros, considera que es constitucionalmente lícita su promoción para suscitar la adhesión a ellos, por lo que no cabe hablar aquí de adoctrinamiento [(...)¹³⁶]; mientras que, respecto del segundo, señala que los poderes públicos deben exponerlo de una manera rigurosamente objetiva, pues la neutralidad estatal permite en este punto informar, pero no adoctrinar [(...)]. Por tanto, tampoco esta enseñanza de la diversidad –cultural, moral o ideológica– existente en la sociedad se opone al derecho de los padres a elegir la orientación moral y religiosa que desean para sus hijos (art. 27.3 CE), siempre que la misma se realice de una manera objetiva, crítica y plural que permita a los alumnos desarrollar su sentido crítico, huyendo de este modo de toda finalidad de adoctrinamiento.”

cuestión del «pin o censura parental»”, Revista de Derecho Político, 110, págs. 79 – 112. En este caso, págs. 103 – 104.

¹³⁶ En este caso, Contreras Mazarío extrae las consideraciones del TS, de las “sentencias de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FJ 6; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 948/2008, FJ 6; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 949/2008, FJ 6; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 1013/2008, FJ 6; y 11 de marzo de 2009, Recurso n. 4668[/2008], FJ 5.” (CONTRERAS MAZARÍO, José María (2021): op. cit., pág. 103).



De lo anteriormente señalado se desprende, no únicamente una amalgama de contenidos cuyo eventual carácter adoctrinador es negado por el propio TS, sino también que la exposición “objetiva, crítica y plural” de contenidos se figura como un límite cuya vulneración es constitutiva de adoctrinamiento¹³⁷.

En consecuencia, de ello cabe colegir que, únicamente en el caso de que las actividades controvertidas sean impartidas de un modo subjetivo, acrítico y único, cabe considerarlas como adoctrinadoras. Por ello, sólo frente a tales actividades se puede plantear la posibilidad de argüir “legítimamente” el pin parental, en tanto que herramienta frente al adoctrinamiento, que vería reducida su utilidad a tales actividades.

Sin embargo, es preciso observar que existen actualmente mecanismos, por medio de los cuales, los representantes legales de los discentes pueden evitar que éstos asistan a determinadas actividades que estiman adoctrinadoras. Tales mecanismos, de una solidez temporal, social e institucional ampliamente superior al pin parental, consisten en las posibilidades ya mencionadas¹³⁸ de acudir a la Inspección de Educación o a los Tribunales de Justicia. En este último caso, resulta ciertamente esclarecedor cómo, en la obra

¹³⁷ La identificación de dicha manera de exposición como “límite infranqueable” corresponde a Ana Valero Heredia, en VALERO HEREDIA, Ana (2018), op. cit. págs. 262 – 263; la autora, además, extrae la exigencia de objetividad, crítica y pluralidad en el modo de impartir los conocimientos educativos de la STEDH de 7 de diciembre 1976, caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca.

¹³⁸ Vid. 3.2. “Ponderación.”



de Rey Martínez¹³⁹, se estipula que “si hubiera casos concretos de adoctrinamiento, los padres tienen abierta la posibilidad de recurso ante los tribunales por el procedimiento preferente y sumario de tutela de los derechos fundamentales (en este caso, art. 27.3 CE).”.

Finalmente, no cabe olvidar que, frente a los efectos únicamente inter-partes del pin parental¹⁴⁰, determinadas decisiones provenientes del TS o del TC, por ejemplo, y que declaren el carácter adoctrinador de una cierta enseñanza, en virtud de sus efectos erga omnes, pueden evitar el acceso a dicha enseñanza de un número de educandos significativamente mayor al reducido de aquellos cuyos representantes legales interpongan el pin parental.

4.2. ¿Hacia una objeción de conciencia educativa “universal”?

La segunda de las consecuencias que se puede derivar de una eventual aplicación general del pin parental, tiene que ver, precisamente, con una cuestión que se ha señalado en la sección anterior del trabajo, como es la posible existencia de una objeción de conciencia educativa “universal”.

Dicha posibilidad surge no sólo de la lucha contra el adoctrinamiento, sino también de la ausencia de una

¹³⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando (2021b): op. cit., pág. 24.

¹⁴⁰ De un lado, los representantes legales del educando que, en ese eventual supuesto, impiden el acceso de éste a determinadas actividades; por otro, el propio educando, cuya asistencia a ciertas actividades resulta vetado por sus representantes legales; y, finalmente, las autoridades del centro docente, que han de acatar la decisión de los representantes legales del centro.



completa delimitación de los contenidos frente a los que cabe interponer el pin parental y la multitud de los mismos que, siendo tenidos como adoctrinadores por parte de los representantes legales de los educandos, pueden resultar objetados por aquéllos. Esta posibilidad, en consecuencia, también se vincula con la incertidumbre anteriormente comentada, en el sentido de que, efectivamente, las autoridades educativas no pueden conocer con precisión, en tal caso, el conjunto de contenidos que serán objetados. Ello obedece a que tal objeción será ejercida por cada uno de los representantes legales de los educandos, los cuales pueden mantener las más diversas convicciones, y aun dentro de éstas, con distintos matices.

En todo caso, con respecto a tal eventualidad existen consideraciones doctrinales y jurisprudenciales tanto a favor, como en contra. A favor se manifiestan autores como Basterra Montserrat o Gascón Abellán. Siguiendo al primero¹⁴¹, “el objeto del derecho a la objeción de conciencia, relacionado íntimamente con el de libertad ideológica y religiosa, que el Estado debe tutelar”, tiene una dimensión negativa, “no ser obligado nadie a obrar contra los dictados de la propia conciencia”, y otra positiva “la facultad de obrar de acuerdo a ella”.

Consecuentemente, los representantes legales de un educando que, de acuerdo a su conciencia, estimaran que los contenidos que va a recibir dicho educando

¹⁴¹ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel (1988): “El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia sobrevenida”, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 4, págs. 287 – 500, en este caso, pág.499.



resultan contrarios a la misma, pueden proyectarla sobre tales contenidos, en nuestro caso, mediante la aplicación del pin parental, evitando así que dicha conciencia resulte contravenida.

Por su parte, en la obra de Gascón Abellán¹⁴², se analiza, justamente, la posible existencia de un "derecho general a objetar (...) con base en la libertad de conciencia. Es decir, un derecho a que la objeción no sea tratada como la simple infracción de un deber jurídico sino como un supuesto de colisión entre la libertad de conciencia y el deber jurídico incumplido". A tal efecto, la autora recuerda cómo el TC¹⁴³, en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, estipuló que "la objeción de conciencia es "parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa". Y precisamente por ello establece que el derecho a la objeción de conciencia "existe y puede ser ejercido" con independencia de que el legislador lo haya reconocido o no, pues "la constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales" (...)."144

De este modo, si, tal y como ha sido señalado previamente¹⁴⁵, concebimos el pin parental como un tipo de objeción de conciencia, y lo extraemos del derecho fundamental previsto en el art. 27.3 CE, los

¹⁴² GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2018): "Defensa de la objeción de conciencia como derecho general", Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 15, págs. 85 - 101, en este caso, pág. 90.

¹⁴³ Con una jurisprudencia en torno a la objeción de conciencia ciertamente vacilante, tal y como la propia autora atestigua.

¹⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2018): op. cit., pág. 90.

¹⁴⁵ Vid. 2.1.2. "Naturaleza jurídica."



representantes legales de los educandos pueden implementar, a día de hoy, el pin parental, incluso si éste no ha sido previsto normativamente. Sin embargo, en la misma obra de Gascón Abellán¹⁴⁶ se advierte que “la falta de regulación puede afectar negativamente tanto a los objetores como a los individuos cuyos intereses o derechos vienen protegidos por el deber legal objetado. A los primeros, porque podrían ver dificultado el ejercicio de su derecho con una interpretación restrictiva de la objeción. A los segundos, porque sus intereses o derechos podrían verse frustrados por una invocación expansiva e irregular de la cláusula de objeción.”.

Y todo ello, además, sin olvidar el cierto caos político, social, jurídico e incluso educativo- administrativo y judicial que se puede seguir de admitir la operatividad del pin parental incluso sin ser regulado. Con todo, entroncando ya con los posicionamientos contrarios a la admisibilidad de una objeción de conciencia “universal”, tales posicionamientos se plasman de manera ciertamente esclarecedora en las SSTS 342/2009, de 11 de febrero y 7535/2009, de 12 de noviembre¹⁴⁷.

En virtud de lo estipulado en la primera de tales Sentencias, el TS se pronuncia, en su Fundamento Jurídico octavo, sobre la eventualidad “de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general”, en los siguientes términos:

“[...]en la Constitución española sólo hay un supuesto de reconocimiento expreso del derecho a la objeción de

¹⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2018): op. cit., pág. 97.

¹⁴⁷ Ambas Sentencias extraídas a raíz de CONTRERAS MAZARÍO, José María (2021): op. cit., pág. 104.



conciencia: se trata de la objeción de conciencia al servicio militar, recogida en el art. 30.2 del texto constitucional. Algunos sostienen que también el art. 20.1.d) CE contempla un supuesto de derecho a la objeción de conciencia, cuando consagra la llamada "cláusula de conciencia" de los profesionales de la información [...]. Tanto si es uno como si son dos los supuestos en que la Constitución reconoce un derecho a la objeción de conciencia, lo que es indiscutible es que se refieren a materias perfectamente delimitadas: el servicio militar y la posición de los informadores en las empresas informativas. Es obvio, en otras palabras, que la Constitución española no proclama un derecho a la objeción de conciencia con alcance general.

Como complemento a lo que se acaba de decir, no es ocioso observar que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia a determinados deberes jurídicos. Lo que ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo -no constitucional- y, por consiguiente, existente sólo en virtud de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático; esto es, podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno."

En consecuencia, atendiendo a la inexistencia, declarada por el TS, de una objeción de conciencia universal¹⁴⁸, el

¹⁴⁸ Con todo, el propio TS señala, en el mismo Fundamento Jurídico octavo de dicha Sentencia, que "no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no



pin parental se sitúa, entonces, en un contexto doblemente delicado, en virtud de su naturaleza jurídica de, precisamente, objeción de conciencia: si no se regula, esto es, si el legislador no lo contempla expresamente como una objeción de conciencia a determinados contenidos o actividades, queda desprovisto de su naturaleza jurídica; pero si se regula, tal regulación ha de ser negada tanto a tenor de su ponderación en abstracto con el art. 27.2 CE como en concreto atendiendo a las consecuencias que la misma comporta, y que en este apartado del trabajo se vienen desarrollando.

En todo caso, a nuestro juicio, los posicionamientos tanto a favor como en contra de la existencia de una objeción de conciencia universal que, en términos educativos, es a lo que conduce una aplicación general del pin parental, parecen argumentativamente igualados. Sin embargo, existe un elemento que inclina la balanza hacia el rechazo a que exista una objeción de conciencia universal, indicado igualmente en la STS 342/2009.

Tal elemento radica en que, como señala el propio TS, "el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, con base en el art. 16.1 CE, equivaldría en la práctica a hacer depender la

pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido."; circunstancias que no se dieron en el caso que enjuició en tal Sentencia, relativa a una supuesta "objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía".



eficacia de las normas jurídicas de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de derecho.”.

Es decir, del TS se deduce que, en caso de admitir la posibilidad de ejercitar una objeción de conciencia universal, el cumplimiento del Derecho quedaría supeditado a las convicciones que uno posee. Unas convicciones que, por otra parte, no tienen por qué gozar de unos contornos fijos y estables, sino que, antes, al contrario, pueden verse modificadas, tal y como reconoce Basterra Montserrat¹⁴⁹.

En el concreto ámbito educativo, de hecho, retornando a las anunciadas críticas en términos de incertidumbre¹⁵⁰, admitir dicha posibilidad conduce a un fuerte particularismo que, traducido en hacer depender la impartición de los contenidos educativos de las específicas convicciones mantenidas por los representantes legales de cada concreto alumno o alumna, parece todavía inasumible en el sistema educativo español, tal y como más adelante se comentará¹⁵¹.

Por otro lado, en lo que respecta a la posible existencia de una objeción de conciencia educativa, tal eventualidad es negada también por el TS en esa misma Sentencia, en el Fundamento Jurídico noveno. En el

¹⁴⁹ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel (1988): op. cit., págs. 497 - 498.

¹⁵⁰ Vid. 4.1. “Pin parental como herramienta frente al adoctrinamiento.”

¹⁵¹ Vid. 4.3. “Pin parental e incertidumbre.”



mismo, el TS dispone que "El art. 27.3 CE, (...) permite pedir que se anulen normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensas o exenciones.". Es decir, los representantes legales de los educandos que estimaran contrarias a sus convicciones unos determinados contenidos o actividades, en lugar de implementar el pin parental, cuya entidad queda así rechazada, han de impugnar la concreta regulación que el legislador educativo haya realizado de dichos contenidos o actividades.

Sin embargo, no es posible concluir esta sección del trabajo sin señalar que, de la negativa a reconocer una objeción de conciencia general, educativa o, en suma, "educativa universal", se deduce, como contrapartida, un necesario límite impuesto a los principales agentes involucrados en el sistema educativo español. Tal límite, reconocido en el Fundamento Jurídico tercero de la previamente referida STS 7535/2009, consiste en que el rechazo a la existencia de "un específico derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo (...) no autoriza a la Administración educativa, ni a los centros docentes ni a los concretos profesores a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas."

En conclusión, la inexistencia de una objeción de conciencia educativa universal no ha de conducir a tales agentes de la educación a ignorar la perspectiva "objetiva, crítica y plural" que se les exige en la



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

exposición de tales cuestiones, por cuanto desoír dicho mandato, tal y como se aducía con anterioridad¹⁵², conducirá a calificar tal exposición de adoctrinadora.

4.3. Pin parental e incertidumbre.

La tercera de las consecuencias que puede comportar una aplicación general del pin parental no es otra que la gran incertidumbre que se puede seguir de la misma, especialmente en la práctica educativo-administrativa, tanto en términos de su planificación, como del fuerte particularismo que en la misma puede verse introducido por dicha aplicación general del pin parental.

Así, para Albar García, quien formara parte del Comité Nacional de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria, tal y como recoge Asuar Gallego¹⁵³, el pin parental "debe "guardar el necesario equilibrio entre el derecho constitucional de las familias a elegir el modelo de educación de los menores y la necesaria planificación de

¹⁵² Vid. 4.1. "Pin parental como herramienta frente al adoctrinamiento."

¹⁵³ ASUAR GALLEGO, Beatriz, Público (2020): CENSURA PARENTAL. Las asociaciones de jueces dudan sobre la legalidad de la censura parental. Las principales asociaciones de magistrados dan argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del llamado "pin parental". Hay quienes consideran que vulnera los valores constitucionales y que no existe un genérico derecho a la objeción de conciencia. Por otro lado, quienes defienden la medida, afirman que es un derecho de los padres recogidos en la carta magna.

Documento en línea:

<<https://www.publico.es/sociedad/censura-parental-asociaciones-jueces-dudan-legalidad-censura-parental.html>> [Fecha de consulta: 9 de junio de 2023]



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

la Administración para garantizar determinados contenidos educativos”.

A tal efecto, es precisamente en dicha planificación donde cabe referir cómo una implementación general del pin parental puede condicionar la configuración concreta que el legislador educativo haga de tales contenidos estipulados en aquélla. En un primer sentido, para lograr la máxima puesta en práctica posible de dichos contenidos, ha de configurarlos de una manera particularmente abierta, genérica, incluso “vaga”, lo cual supone dejar de orientar al respecto a los aplicadores concretos encargados de tal puesta en práctica.

La razón de dicha “generalidad” de los contenidos educativos radica en el necesario acomodo que ha de buscar la regulación de los mismos con respecto a las más diversas convicciones existentes, en aras a garantizar el mayor acceso que se pueda de educandos a éstos. Ello obedece a que, admitiéndose dicha aplicación general del pin parental, los representantes legales de los educandos que estimasen lesionadas sus convicciones por tales contenidos, pueden vetar el acceso de tales educandos a los mismos.

Esta exigencia de generalidad, además, también puede ser predicable del docente concreto encargado de impartirlos, en tanto que en sus clases poco se podrá abordar sobre cuestiones socialmente debatidas, tanto en términos de educandos como de aproximación a las mismas, ante el temor de que los representantes legales de aquellos, estimando adoctrinadoras tales cuestiones u objetando en conciencia a éstas, impidan la asistencia de éstos a las diversas situaciones en las que se



expongan dichas cuestiones. Ello, además, introduce una cierta “fiscalización”¹⁵⁴ en la actuación del docente, en el sentido de verificar si se producen, en la impartición que realice de esos contenidos, las condiciones necesarias para implementar el pin parental frente a los mismos.

Por añadidura, tanto en el caso del legislador educativo como en el del profesorado, ambos se enfrentan a dos tipos de “incertidumbres concretas”. El primer tipo de incertidumbre radica en que no se puede conocer con precisión, a día de hoy, el ámbito del conocimiento al que quedaría ceñida una eventual aplicación general del pin parental.

Esto se debe, por un lado, a la inexistente unanimidad respecto a cuáles de dichos ámbitos pueden verse sujetos a tal aplicación: como se ha observado a lo largo del trabajo, destacan cuestiones como la educación

¹⁵⁴ En este sentido, una idea de supervisión al personal docente se plasma asimismo en GARCÍA BALLESTEROS, Pedro E., PÉREZ JIMÉNEZ, José María, *Diario de Sevilla* (2020): TRIBUNA. P. E. GARCÍA BALLESTEROS Y J. MARÍA PÉREZ JIMÉNEZ. *Inspectores de Educación. ‘Pin parental’ y derecho a la educación. La Constitución otorga a los poderes públicos la planificación de la enseñanza, incluida la del currículo común, con respeto a los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Documento en línea:* <https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/Pin-parental-derecho-educacion_0_1431156926.html> [Fecha de consulta: 9 y 10 de junio de 2023] Asimismo, esa noción de control también ha sido comentada en relación al movimiento Escola Sem Partido (Vid. 2.2.1 “Algunas referencias en el ámbito comparado”).



sexual o moral pero, en tanto que potencialmente controvertible por el individuo, prácticamente cualquier ámbito del conocimiento puede ser susceptible de la implementación del pin parental¹⁵⁵.

Por otro lado, incluso dentro de una selección de "cuestiones controvertidas", como la educación sexual o moral, en algunos casos, y especialmente en los que se acaban de mencionar, hay en dichas cuestiones una miríada de matices, y no tanto una férrea delimitación de éstas. Ello conduce, en suma, a que los agentes educativos no puedan conocer con absoluta certeza qué contenidos pueden resultar contrarios a determinadas convicciones, concebidos como adoctrinadores u objetados en conciencia, cuestión que han de conocer para realizar una correcta planificación¹⁵⁶.

¹⁵⁵ A tal efecto, en la obra de Valero Heredia, se reflejan algunas objeciones como "las planteadas por algunos padres de religión musulmana a la educación física o a la natación, (...) a la asignatura de ciencias naturales o a la de música, o la negativa de ciertos padres con convicciones de raíz cristiana en Estados Unidos a que sus hijos adquieran conocimientos sobre la teoría evolucionista o el darwinismo", en VALERO HEREDIA, Ana (2018): op. cit., pág. 261.

¹⁵⁶ Sobre la importancia de la planificación, en este caso del personal docente, vid. CARRIAZO DÍAZ, Cindy, PÉREZ REYES, Maura Luisa, GAVIRIA BUSTAMANTE, Kathelyn (2020): "Planificación educativa como herramienta fundamental para una educación con calidad", Utopía y Praxis Latinoamericana, Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social, Vol. 25, Extra 3, págs. 87 – 95. En la pág. 88 de dicha obra se dispone que "la planificación educativa constituye una herramienta necesaria en el accionar docente, dado que



Adicionalmente, en el núcleo de la cuestión, y como segundo tipo de tales incertidumbres, están las convicciones de los representantes legales de los discentes. Las mismas consisten en una variable que, como se anunciaba con anterioridad¹⁵⁷, no es fija, sino cambiante en términos de adhesión a la misma, una adhesión, además, sujeta a matices. Es decir, conectando dicha cuestión con la aplicación del pin parental, unos representantes legales de un discente, a lo largo del mismo curso académico, pueden adoptar decisiones distintas respecto a un mismo contenido, en función de los cambios que se produzcan en sus convicciones¹⁵⁸. En consecuencia, atendiendo a la adhesión a una u otra convicción concreta, e incluso a ninguna, así como al grado de adhesión a la misma, los representantes legales de un educando pueden optar por implementar o no el pin parental frente al mismo contenido.

En suma, tal y como se reflejaba respecto al rechazo de la existencia de una objeción de conciencia de alcance general, una aplicación del pin parental de idéntico alcance conduce a que la configuración e impartición de

permite establecer los objetivos que se desean alcanzar en cada una de las actividades propuestas en el aula de clase, el resultado final lo constituye el desarrollo integral y una eficiente difusión del aprendizaje por parte de nuestros discentes, lo que le[s] permitirá enfrentarse a los retos que el mundo actual requiere.”

¹⁵⁷ Vid. 4.2. “¿Hacia una objeción de conciencia educativa “universal”?”

¹⁵⁸ Una posibilidad de cambio que se recoge en BASTERRA MONTSERRAT, Daniel (1988): op. cit., págs. 497 – 498.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

una gran panoplia de contenidos queden al albur de criterios puramente subjetivos, como pueden ser las convicciones que en un determinado momento se mantengan.

Ello introduce, en el sistema educativo español, un profundo particularismo que, atendiendo a diversas consideraciones, por ejemplo de poderes públicos, tendentes a fomentar la "educación personalizada", parece no haberse alcanzado en su plenitud¹⁵⁹. Dicho particularismo, en nuestro caso, se despliega como una suerte de selección "a la carta" de los contenidos educativos por parte de los representantes legales de los discentes, tal y como advierten, entre otros, autores como Merchán Iglesias¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Gobierno de España (2019): Celaá impulsa la reforma integral de la orientación profesional de los alumnos como eje de una educación personalizada. La Moncloa, Educación y Formación Profesional.

Documento en línea:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notaspre nsa/educacion/Paginas/2019/211119_edpersonalizada .aspx> [Fecha de consulta: 9 y 10 de junio de 2023]

¹⁶⁰ MERCHÁN IGLESIAS, Francisco Javier, Diario de Sevilla (2020): TRIBUNA. F. JAVIER MERCHÁN IGLESIAS. Presidente del Observatorio de la Educación. El 'pin parental', una educación a la carta. La fórmula del 'pin parental' no sólo estaría al margen de la ley, sino que proyecta también una inquietante simplificación de la vida social: ellos y nosotros. Documento en línea:

<https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/pin-parental-educacion-carta_0_1430257030.html> [Fecha de consulta: 9 y 10 de junio de 2023] Como indica el autor en dicho artículo, "El llamado pin parental es como disponer de



Esta eventualidad, además, propicia la separación de los educandos en función de sus convicciones o las de sus representantes legales, lo cual, en sus peores consecuencias, puede devenir en el señalamiento y acoso a tales educandos. Todo ello, en suma, resulta contrario a la integración del alumnado, con su diverso bagaje familiar, social, cultural, de creencias, etc.; una integración que es, precisamente, a lo que ha de aspirar todo sistema educativo.

Es más, a juicio del TEDH, "la educación tiene como objetivos principales, más allá de la pura transmisión de conocimientos, el desarrollo y la formación del carácter y de las habilidades mentales de los alumnos, así como su autonomía personal e integración social. De hecho, la asistencia obligatoria a clase persigue garantizar la integración de los niños en la sociedad con el fin de evitar la aparición de sociedades paralelas motivadas por la religión o la ideología, todo ello en consonancia con la importancia que el propio tribunal da al pluralismo como fundamento básico de cualquier sociedad democrática"¹⁶¹.

En definitiva, también si se realiza un análisis "en concreto" de una eventual implementación general del pin parental, se deduce la negativa a admitir tal posibilidad, habida cuenta de los graves perjuicios que dicha implementación puede suponer para el sistema educativo español, tanto en términos de la planificación

una educación a la carta en la que el Estado ofrece platos variados y las familias se autoconfeccionan el menú".

¹⁶¹ CLIMENT GALLART, Jorge Antonio (2020): op. cit., pág. 118.



que en su seno se ha de realizar, como del particularismo que al mismo puede comportar.

5. Conclusiones.

A lo largo del presente Trabajo de Fin de Máster se han tratado de abordar las cuestiones de mayor relevancia en relación al pin parental, como son sus fundamentos, sus críticas y las consecuencias derivadas de su implementación.

Tales cuestiones se han canalizado, primeramente, a través de la exposición del marco conceptual del pin parental, para así afrontar el estudio del mismo comprendiendo el significado de dicho término, conociendo su naturaleza jurídica y sabiendo en qué situación se encuentra, tanto normativa como de proyección sobre las distintas esferas del conocimiento.

A tal efecto, el pin parental ha sido concebido como la facultad que ostentan los representantes legales de los educandos, de autorizar (o denegar) la asistencia de los mismos a determinadas actividades que, fundamentalmente de tipo complementario, puedan versar sobre contenidos socialmente controvertidos y, especialmente, resultar contrarios a las convicciones de tales representantes, destacando, entre tales contenidos, los relativos a la educación sexual y moral.

Asimismo, se han planteado en el trabajo diversas propuestas a la hora de configurar la naturaleza jurídica del pin parental: desde "principio" hasta "derecho", pasando por "regla". Sin embargo, ha sido la "objeción de conciencia" aquel tipo de naturaleza que se acomoda en mejores condiciones a las características propias del



pin parental, entre las que destaca, especialmente, el hecho de figurar como un incumplimiento de una obligación impuesta jurídicamente de asistencia a determinadas actividades formativas.

El estudio de dicho marco conceptual, además, ha concluido aduciendo el contexto normativo del pin parental en España, actualmente inexistente, y especialmente reivindicado en América, así como se han desarrollado los principales ámbitos cognoscitivos frente a los que se ha tratado de implementar (fundamentalmente, la educación sexual y moral).

En segundo lugar, se ha desarrollado en el trabajo el marco constitucional en el que se desenvuelve el pin parental, caracterizado por el conflicto que suscita entre el art. 27.2 y el art. 27.3 CE. Para ello, se ha comenzado dicho desarrollo haciendo referencia al alcance de tales preceptos constitucionales.

El primero, consagra la posición jurídica de las personas menores de edad en la educación que, dirigida a su pleno desarrollo, viene reforzada por el principio del interés superior del menor. Tal principio, por el que se ha de velar, en cualquier decisión relativa a un menor, por procurarle aquella situación que le sea más beneficiosa, lo que, a nuestro juicio, constituye el fundamento de la asistencia del menor a un conjunto de actividades cuyo contenido, precisamente, fomenta su pleno desarrollo.

La posición jurídica de los representantes legales de los y las menores, en su caso, se encuadra en lo dispuesto en el art. 27.3 CE que, pese a su indiscutible entidad, que propugna una cierta correspondencia entre las convicciones de tales representantes y la educación que



reciben las personas menores de edad, sin embargo, no logra imponerse, en este supuesto, sobre el art. 27.2 CE, al resultar éste prevalente de la ponderación que, a los efectos de resolver tal conflicto suscitado, ha sido llevada a cabo.

En tercer lugar, una vez negada la viabilidad constitucional, en abstracto, del pin parental, han sido aducidas un conjunto de implicaciones que se pueden derivar de una eventual aplicación general del pin parental, siendo, la primera de tales, la posible caracterización del mismo como herramienta frente al adoctrinamiento. Así, aun reconociendo su virtualidad, no sólo ha sido reducido el grado de efectividad de la misma, sino que también se ha aludido a otros instrumentos que, ya existentes, no adolecen de los perjuicios que puede causar una posible aplicación general del pin parental.

Un ejemplo de tales perjuicios lo constituye la segunda de las consecuencias que se puede derivar de tal aplicación general, como es la posible existencia de una objeción de conciencia educativa "universal". Dicha posibilidad, negada por el TS tanto en su dimensión educativa como general, conduce, según concebimos, y siguiendo lo dispuesto por el TS, a supeditar la conformación y el seguimiento del sistema educativo (y de las normas jurídicas, en general) a las convicciones mantenidas por los representantes legales.

Esta sujeción a dichas convicciones desemboca, así, en la tercera de las anunciadas consecuencias, consistente en la inmensa incertidumbre que puede comportar una implementación general del pin parental. Dicha



incertidumbre, tal y como se estableció, se plasma tanto en la planificación de los contenidos a impartir en las aulas, como, desde otro prisma, en la selección “a la carta” que se puede llegar a hacer, en virtud de tal implementación general. En todo caso, atendiendo a estas consecuencias, también en concreto, la viabilidad constitucional del pin parental es negada, por mucho que los representantes legales de los educandos conserven, ex art. 27.3 CE, un cierto poder de decisión sobre los mismos, en el ámbito educativo.

Así pues, atendiendo, especialmente, al marco constitucional del pin parental y a las consecuencias que de su implementación general se siguen, cabe concluir que la viabilidad constitucional de la implementación general del pin parental no es posible, de modo que la hipótesis de que se partía en el presente trabajo se ve rechazada.

En consecuencia, reconociendo la inadmisibilidad constitucional del pin parental, el art. 27.3 CE no faculta, a nuestro juicio, al ejercicio de una suerte de “derecho al pin parental”, por otra parte inexistente, y negándose así la problemática suscitada al inicio del presente trabajo. De admitir dicha eventualidad, con todo, pueden figurar, como límites a la misma, que la decisión parental de impedir que los educandos asistan a determinadas actividades sea convalidada por alguna autoridad pública, ya sea del centro escolar en el que se impartan o de las autoridades gubernativas, si bien es preferible que quien ratifique o deniegue tal decisión sea un órgano jurisdiccional, y todo ello en aras a evitar las graves lesiones y consecuencias que han sido expuestas a lo largo del trabajo.



Por otro lado, citando al mencionado Rey Martínez¹⁶², “Nuestras escuelas e institutos dedican ordinariamente mucho tiempo y esfuerzo para educar en el sentido del art. 27.2 CE. Apenas han surgido problemas. Los mecanismos de defensa del sistema contra el adoctrinamiento ideológico (actores y procedimientos del sistema educativo y, en última instancia, los jueces) parecen funcionar”.

En definitiva, conviene ser cautos a la hora de alertar sobre un temor que, o no es tal, o es de escasa entidad y, si se proponen medidas para combatirlo, se ha de procurar que, de tal manera, no se vean vulnerados otros intereses igualmente legítimos. Deseando haber aportado algo de claridad a una cuestión marcada por las controversias y la discusión, finalizo este Trabajo de Fin de Máster confiando en que la educación deje, un día, de ser usada como instrumento en pos del enfrentamiento ideológico, político y social, y, viendo cumplida su misión constitucionalmente reconocida, permita alcanzar el justo progreso a la sociedad española en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993): Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 161 (traducción de Ernesto Garzón Valdés).

¹⁶² REY MARTÍNEZ, Fernando (2021b): op. cit., pág. 41.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- ALEXY, Robert (2002): "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, 66, págs. 13 – 64.
- ALEXY, Robert (2011), Theorie der Grundrechte, Fráncfort del Meno, Frankfurt a.M., 6ª edición.
- ALEXY, Robert (2016): "Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral", en ELÓSEGUI ITXASO, María (coord.) y TUDELA ARANDA, José (dir. de la colección), Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Ed. Marcial Pons, Colección Actas Nº11, págs. 27- 45.
- ALSINA ÁLVAREZ, Carlos, RUIZ ROBLEDO, Agustín, Onda Cero (2020): Catedrático de Derecho: "Si la ley desde 2007 dice que las actividades complementarias son voluntarias, el pin parental no es ilegal". Entrevista en "Más de uno", realizada el 24 de enero de 2020. Documento en línea:
<https://www.ondacero.es/programas/mas-de-uno/audios-podcast/entrevistas/actividades-complementarias-pin-parental_202001245e2ab42f0cf2cd32febeb02d.html>
[Fecha de consulta: 21 de abril de 2023]
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, Universidad Complutense de Madrid, (2020): Debatiendo la constitucionalidad del pin parental. Documento en línea:
<<https://eprints.ucm.es/id/eprint/59434/1/Pin%20Pare>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ntal.pdf> [Fecha de consulta: 19 y 20 de abril y 15 de junio de 2023]

- ASUAR GALLEGO, Beatriz, Público (2020): CENSURA PARENTAL. Las asociaciones de jueces dudan sobre la legalidad de la censura parental. Las principales asociaciones de magistrados dan argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del llamado "pin parental". Hay quienes consideran que vulnera los valores constitucionales y que no existe un genérico derecho a la objeción de conciencia. Por otro lado, quienes defienden la medida, afirman que es un derecho de los padres recogidos en la carta magna. Documento en línea:

<<https://www.publico.es/sociedad/censura-parental-asociaciones-jueces-dudan-legalidad-censura-parental.html>> [Fecha de consulta: 9 de junio de 2023]

- BASTERRA MONTSERRAT, Daniel (1988): "El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia sobrevenida", Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 4, págs. 287 - 500, en este caso, pág.499.

- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, 3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- CARRERES CASANOVES, Fuensanta, La Verdad (2021): Educación impone a los centros un 'pin parental' edulcorado el próximo curso. Documento en línea: <<https://www.laverdad.es/murcia/educacion-impone-centros-pin-parental-edulcorado-proximo-curso-20210723155529-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.laverdad.es%2Fmurcia%2Feducacion-impone-centros-pin-parental-edulcorado-proximo-curso-20210723155529-nt.html>> [Fecha de consulta: 24 demayo de 2023]
- CARRIAZO DÍAZ, Cindy, PÉREZ REYES, Maura Luisa, GAVIRIA BUSTAMANTE, Kathelyn (2020): "Planificación educativa como herramienta fundamental para una educación con calidad", Utopía y Praxis Latinoamericana, Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social, Vol. 25, Extra-3, págs. 87 – 95.
- CLIMENT GALLART, Jorge Antonio (2020): "El PIN parental y la jurisprudencia del TEDH", Actualidad Jurídica Iberoamericana, 13, págs. 102-121.
- CONTRERAS MAZARÍO, José María (2021): "Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del «pin o censura parental»", Revista de Derecho Político, 110, págs. 79 – 112.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): "El derecho a la educación", Anuario Parlamento y Constitución, 2, págs. 267 – 305.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2013): "Las libertades educativas", en GARCÍA GUERRERO, José Luis (dir.), Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

y los derechos de libertad, Valencia, tirant lo blanch, págs. 261 – 293.

- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2022): "Constitución, derecho a la educación y libertad de enseñanza", en LÓPEZ GUERRA, Luis María, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (dirs.) Manual de Derecho Constitucional. Volumen I. La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos fundamentales y garantías, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 363 – 390.

- DÍEZ - PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2021): Sistema de Derechos Fundamentales, Valencia, tirant lo blanch.

- ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan, GARCÍA LÓPEZ, Rafaela, PÉREZ PÉREZ, Cruz, (2003): "La educación moral ante el reto de la pobreza", Teoría de la Educación. Revista Interuniversitaria, Ediciones Universidad de Salamanca, Vol. 15 ("La educación moral"), págs. 185-212.

- Escola Sem Partido (2020): Por uma lei contra o abuso da liberdade de ensinar. Versión original: "(...) inibir a prática da doutrinação política e ideológica em sala de aula e a usurpação do direito dos pais dos alunos sobre a educação moral dos seus filhos." Traducción propia. Documento en línea: <<http://escolasempartido.org/programa-escola-sem-partido/>> [Fecha de consulta: 25 a 27 de mayo de 2023]

- GARCÍA BALLESTEROS, Pedro E., PÉREZ JIMÉNEZ, José María, Diario de Sevilla (2020): TRIBUNA. P. E. GARCÍA BALLESTEROS Y J. MARÍA PÉREZ JIMÉNEZ. Inspectores de Educación. 'Pin parental' y



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

derecho a la educación. La Constitución otorga a los poderes públicos la planificación de la enseñanza, incluida la del currículo común, con respeto a los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Documento en línea:

<https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/Pin-parental-derecho-educacion_0_1431156926.html>
[Fecha de consulta: 9 y 10 de junio de 2023]

- GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan (2016): "Ideario educativo, derechos humanos y formación del carácter de los futuros profesores", en CARRILLO FLORES, Isabel (coord.) Democracia y educación en la formación docente, Vic, Eumogràfic / Servei de Publicacions de la Universitat de Vic – Universitat Central de Catalunya, págs. 222 – 226.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (1990): Obediencia al Derecho y objeción de conciencia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2014): "Particularidades de la interpretación constitucional", en GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (coord.)

Argumentación jurídica, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 285 – 316.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2018): "Defensa de la objeción de conciencia como derecho general", Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 15, págs. 85 – 101.

- Gobierno de España (2019): Celaá impulsa la reforma integral de la orientación profesional de los



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

alumnos como eje de una educación personalizada. La Moncloa, Educación y Formación Profesional.

Documento en línea:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2019/211119_edpersonalizada.aspx> [Fecha de consulta: 9 y 10 de junio de 2023]

- GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): "Apuntes constitucionales sobre el pin parental", Revista Española de Derecho Constitucional, 124, págs. 203-225.

- GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Carlos (2019): "Educación filosófica y democracia: enseñar filosofía para formar personas razonables", Analecta Calasanciana: publicación semestral religioso cultural y de investigación histórica, 121, págs. 89 - 162.

- GONZÁLEZ-DÁVILA BOY, Elena, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020): El pin parental: una amenaza al derecho a la educación sexual en México. Documento en línea:

<<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-pin-parental-una-amenaza-al-derecho-la-educacion-sexual-en-mexico>> [Fecha de consulta: 27 de mayo y 15 de junio de 2023]

- MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, DEL MORAL BLASCO, Carmela, Universidad Pontificia de Comillas (2017): Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño. Documento en línea:

<<https://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-los-derechos-del-nino-publicaciones/guia-para-la->



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

evaluacion-y-determinacion-del-interes- superior-del-nino> [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2023]

- MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2015): "Conflictos normativos", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis (ed. del Vol. 2 y edit. gen.), RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica (edit. del Vol. 2) Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho, volumen dos, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Serie Doctrina Jurídica, Nº 713), págs. 1307 – 1347.

- MEIX CERECEDA, Pablo Julián (2013): Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

- MERCHÁN IGLESIAS, Francisco Javier, Diario de Sevilla (2020): TRIBUNA. F. JAVIER MERCHÁN IGLESIAS. Presidente del Observatorio de la Educación. El 'pin parental', una educación a la carta. La fórmula del 'pin parental' no sólo estaría al margen de la ley, sino que proyecta también una inquietante simplificación de la vida social: ellos y nosotros. Documento en línea: <https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/pin-parental-educacion-carta_0_1430257030.html> [Fecha de consulta: 9 y 10 de junio de 2023]

- NUEVO LÓPEZ, Pablo (2022): "Educación y libertades educativas. Cuestiones controvertidas de nuestra experiencia constitucional", en BASTIDA FREIJEDO, Francisco José y ALÁEZ CORRAL, Benito (coords.) Educación y libertad en la democracia constitucional. Actas del XVIII Congreso de la Asociación



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

de Constitucionalistas de España, Valencia, tirant lo blanch, págs. 131-153.

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) y Organización Mundial de la Salud (OMS) (2018): Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia, París, Ediciones UNESCO, UNESCO. [Edición revisada, Sector de Educación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Agenda Mundial de Educación 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible]

- OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo (2013): "La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa", Revista Judicial (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), 109, págs. 23 - 41.

- PICAZO ROMERO, Ana, (2009): Guía para asesorar sobre el funcionamiento de las Asociaciones de madres y padres. Documento en línea

<<https://www.educa.jccm.es/alumnado/es/ampa/guia-ampa>> [Fecha de consulta: 5 y 6 de junio de 2023]

- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2022): Derechos fundamentales e inteligencia artificial, Madrid,



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales, Colección Debates Constitucionales).

- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, 11, págs. 9-30.

- Real Academia Española (2013), Los itinerarios de la libertad de palabra. Discurso leído el día 26 de mayo de 2013 en su recepción pública por el Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado y contestación del Excmo. Sr. D. José Manuel Sánchez Ron. Documento en línea, Madrid, 2013, pág.9

<https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_ingreso_Santiago_Munoz_Machado.pdf> [Fecha de consulta: 19 de abril de 2023]

- Región de Murcia, Consejería de Educación (2022): Resolución de 28 de julio de 2022, de la Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa y Evaluación, Dirección General de Centros Educativos e Infraestructuras y Dirección General de Formación Profesional e Innovación, de la Consejería de Educación por la que se dictan instrucciones de comienzo del curso 2022-2023, para los centros docentes que imparten Educación Infantil y Educación Primaria.

Documento en línea:

<<https://www.carm.es/web/descarga?ARCHIVO=INSTRUCCIONES%20DE%20INICIO%20DE%20CURSO%20Infantil%20y%20primaria.pdf&ALI>>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

AS=ARCH&IDCONTENIDO=178918&IDTIPO=60&RASTRO=c1655\$m64251> [Fecha de consulta: 24 a 27 de mayo de 2023]

- RODRÍGUEZSANMARTÍN, Olga, El Mundo (2020): ESPAÑA. Controversia. Qué es el pin parental, la herramienta para que los padres puedan vetar contenidos en las aulas.

Documento en línea:

<<https://www.elmundo.es/espana/2020/01/20/5e257c8ffc6c83085c8b458a.html>> [Fecha de consulta: 12 y 15 de junio de 2023] En tal artículo se dispone que "Vox, PP y las familias defensoras del pin parental argumentan que ese tipo de contenidos son delicados y prefieren enseñárselos en casa, en vez de confiarlos a personas que, en muchos casos, son ajenas al centro educativo."

- RUIZ MARTÍNEZ, Javier, Cadena SER, Radio Murcia (2021): Educación ordena a los colegios murcianos un "pin parental descafeinado" para evitar al Ministerio. Documento en línea: <https://cadenaser.com/emisora/2021/07/23/radio_murcia/1627053750_697677.html> [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2023]

- REY MARTÍNEZ, Fernando (2021a): "El ideario educativo constitucional: objeto de enseñanza y parámetro de validez del sistema educativo", en BASTIDA FREIJEDO, Francisco José y ALÁEZ CORRAL, Benito (Coords.) Educación y libertad en la democracia constitucional. Actas del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 57 – 99.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- REY MARTÍNEZ, Fernando (2021b): "El ideario educativo constitucional.. inclusivo.", Revista de Derecho Político, 111, págs. 13 – 44.

- Secretaría de Gobernación, Secretaría de Salud, Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, Instituto Nacional de las Mujeres, Consejo Nacional de Población, Consejo Nacional de para Prevenir la Discriminación y Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (2020): 'Pin Parental': restricciones al derecho de niñas, niños y adolescentes a la educación laica y a la educación en materia de salud sexual- y reproductiva. Documento en línea:

<<https://www.gob.mx/segob/documentos/pin-parental-restricciones-al-derecho-de-ninas-ninos-y-adolescentes-a-la-educacion-laica-y-a-la-educacion-en-materia-de-salud-sexual>> [Fecha de consulta: 24 de abril y 27 de mayo de 2023]

- SIVERIO LUIS, Sergio (2021): "Problemática constitucional del pin parental frente a la educación sexual y de género", Cuadernos Constitucionales, 2, págs. 71-93.

- TERUEL LOZANO, Germán Manuel, LegalToday (2020): Pin Parental e ideario educativo-constitucional: una cuestión abierta al debate democrático. Documento en línea: <<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-constitucional/pin-parental-e-ideario-educativo-constitucional-una-cuestion-abierta-al-debate-democratico-2020-03-02/>> [Fecha de consulta: 2 de junio de 2023]



- VALERO HEREDIA, Ana (2018): "Integración social y derecho a la educación: a propósito de la Sentencia de 10 de enero de 2017, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos*, 180, págs. 255-274.
- VALERO HEREDIA, Ana, infoLibre (blog *AlRevésyAlDerecho*) (2020): El "pin parental" es inconstitucional. Documento en línea:
<https://www.infolibre.es/opinion/blogs/al-reves-al-derecho/pin-parental-inconstitucional_132_1247506.html> [Fecha de consulta: 6 de junio de 2023]
- VIDAL PRADO, Carlos (2003 – 2004): "Veinticinco años de libertades educativas", *Revista de Derecho Político*, 58 – 59: Balance de la Constitución en su 25 aniversario, págs. 193 – 213.
- VIDAL PRADO, Carlos (2012): "La doble dimensión del derecho a la educación", en CASCAJO CASTRO, José Luis, TEROL BECERRA, Manuel José, DOMÍNGUEZ VILA, Antonio Marcelo, NAVARRO MARCHANTE, Vicente Jesús (coords.) *Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, tirant lo blanch, págs. 465 – 478.
- VIDAL PRADO, Carlos (2017): "El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros", *Revista de Derecho Político*, 100: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I), págs. 739 – 766.



ANEXOS

ANEXO I: Normativa.

- Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1[*]) del Comité de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas
- Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950), 1952

- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
- Ley Orgánica 2/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia



- Resolución de 28 de julio de 2022, de la Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa y Evaluación, Dirección General de Centros Educativos e Infraestructuras y Dirección General de Formación Profesional e Innovación, de la Consejería de Educación [de la Región de Murcia] por la que se dictan instrucciones de comienzo del curso 2022-2023, para los centros docentes que imparten Educación Infantil y Educación Primaria.

- Resolución de 28 de julio de 2022, de la Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa y Evaluación, Dirección General de Centros Educativos e Infraestructuras y Dirección General de Formación Profesional e Innovación, de la Consejería de Educación [de la Región de Murcia] por la que se dictan instrucciones de comienzo del curso 2022-2023, para los centros docentes que imparten Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato.

ANEXO II: Jurisprudencia.

- STEDH de 7 de diciembre 1976, caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca
- STEDH de 10 de enero de 2017, caso Osmanoglu y Kocabaş contra Suiza
- STC 5/1981, de 13 de febrero
- STC 53/1985, de 11 de abril



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- STS 2097/1985, de 24 de enero
- SSTS de 11 de febrero de 2009: 340/2009, 341/2009, 342/2009 y Recurso Núm. 949/2008
- STS 1199/2009 de 11 de marzo
- STS 7535/2009, de 12 de noviembre
- Auto del TSJ de la Región de Murcia de 14 de junio de 2020

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>





EL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS MADRES ADOLESCENTES

D^a. Nuria María Garrido Cuenca

Catedrática Derecho Administrativo UCLM. Máster en Derecho Sanitario y Bioética

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. Problemática médica, psicosocial, ética y jurídica del embarazo adolescente. 2.- DATOS EPIDEMIOLÓGICOS. 3.- ¿PUEDO CONFIAR EN MI MÉDICO? Derecho a la información, consentimiento informado o por representación. Derecho a la intimidad y deberes profesionales de secreto y confidencialidad. 3.1.- El derecho a la salud sexual y reproductiva: ¿derecho fundamental, derecho subjetivo de configuración legal, derecho de creación jurisprudencial?; 3.2.- La menor, su capacidad, su derecho de autonomía y el consentimiento. Las dificultades que sigue planteando la teoría de la escala móvil de capacidad y la concepción del "menor maduro". 4.- ¿Y SI DECIDO INTERRUMPIR MI EMBARAZO? De los métodos anticonceptivos a la interrupción voluntaria, pasando por el derecho de información tras la LO 1/2023, de 28 de febrero: 4.1. Consentimiento informado ¿sin información?; 4.2.- Patria potestad y decisión de interrumpir el embarazo sin información ni



consentimiento de los padres o representantes legales a partir de los 16 de años. 5.- SEGUIMIENTO DEL EMBARAZO EN LA ADOLESCENTE. Desde la atención primaria a la especialización en equipos multidisciplinares, como apuesta para la salud integral. 6.- MEDIDAS DE APOYO Y AYUDA A LOS PADRES ADOLESCENTES: padres, abuelos e instituciones públicas. 7.- Y PARA CONCLUIR: ANDRAGOGÍA O EL ARTE DE EDUCAR. La importancia de la información y la educación como reto de futuro. BREVES CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

Palabras clave: salud sexual y reproductiva, interrupción voluntaria del embarazo, derecho de autodeterminación, autonomía de la voluntad, consentimiento informado, derecho a la información sanitaria, menor maduro, intimidad y secreto.

Keywords: sexual and reproductive health, voluntary interruption of pregnancy, right to self-determination, autonomy of will, informed consent, right to health information, mature minor, privacy and secrecy

1.INTRODUCCIÓN. Problemática médica, psicosocial, ética y jurídica del embarazo adolescente.

Los embarazos en adolescentes en España suponen entre el 2 y el 2,2% del total de embarazos, con una tasa de fecundidad del 6,2 %, muy inferiores a las existentes a nivel mundial como indicador del nivel socioeconómico de los países. En la literatura se postula que la combinación de intervenciones múltiples como



actuaciones educativas y el uso de anticonceptivos disminuyen el embarazo en adolescentes. Sin embargo, en nuestro país, en el momento actual, a pesar de la libre disposición de métodos anticonceptivos y la amplia difusión de información, la tasa de embarazos en adolescentes se mantiene constante en las últimas décadas con ligeros aumentos y disminuciones, mayores estas en el último lustro, pero los cambios no llegan a ser trascendentes y siguen siendo objeto de preocupación.

El embarazo en la adolescencia es considerado un importante problema de salud pública, por tener un gran impacto social, personal y médico entre la población adolescente¹. De ahí que hoy la tasa de fecundidad de las adolescentes (de entre 10 y 14 años, y de entre 15/20 años) sea uno de los indicadores incluidos entre los objetivos de la Agenda 2030, meta 3.7.: “garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación familiar, información y educación, y la integración de la salud reproductiva en las estrategias y los programas nacionales”.

Tener un hijo es una de las experiencias vitales más gratificantes que puede vivir una pareja, cuando se vive con responsabilidad, cuando forma parte de un proyecto, cuando se espera con ilusión, cuando la pareja es estable.

¹ MARTINEZ-GUISASOLA, J., GUERRERO, M. “Embarazo y maternidad en adolescentes”, en *Pediatría Integral* 2022; XXVI (5): 289-299



Los adolescentes no tienen adquiridas las habilidades, la responsabilidad y la autonomía suficientes para tener, cuidar y educar a un niño adecuadamente. No han terminado su formación académica, no tienen trabajo, dependen de sus padres, en definitiva, no están preparados para enfrentarse a tanta responsabilidad. Ello conduce a la aparición de situaciones de crisis, de temor, de preocupación por el futuro inmediato, y sobre todo un rechazo al embarazo que, en no pocas ocasiones, va a terminar en un proceso abortivo. Además, la adolescente embarazada vive esta situación con la angustia y el miedo a hacer partícipes de la situación a sus padres. Se siente, en una palabra, "desbordada", lo que conlleva que los porcentajes respecto a su salud mental (desde estados de ansiedad, depresión y otros) se dupliquen respecto a los parámetros normales -si bien cada vez más preocupantes- del resto de adolescentes.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la adolescencia como: "el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, ente los 10 y los 19 años". La adolescencia es un periodo de la vida de rápido crecimiento y desarrollo, una etapa con entidad propia en que el adolescente adquiere nuevas capacidades y se enfrenta a nuevos retos. Un ciclo de transición que se caracteriza por enormes cambios físicos, psicológicos, sociales y emocionales, incluido el inicio de la actividad sexual, lo que la convierte en una fase vital de vulnerabilidad para conductas de riesgo que pueden acarrear consecuencias de cara a su futuro, entre ellas



el embarazo no deseado y las enfermedades de transmisión sexual².

El embarazo en la adolescencia (EA) es aquel que ocurre en mujeres menores de 20 años, tanto de forma deseada como no, pero frecuentemente no planificado (con datos cercanos al 90%), y como acontecimiento prematuro e inoportuno va a suponer un impacto negativo para la joven en todos los aspectos vitales de esta etapa de la vida. El diagnóstico del embarazo en la adolescencia suele ser tardío y, frecuentemente, asociado a un rechazo de la pareja y de la familia. Además, los datos reflejan un mayor riesgo en la gestación y en el periodo perinatal, con mayor mortalidad materno -fetal, hasta el punto de que todo embarazo de una adolescente menor de 16 años es considerado como "embarazo de riesgo" desde el punto de vista médico, a los efectos de su tratamiento y seguimiento³.

² Organización Mundial de la Salud, *Embarazo en la Adolescencia* . 15 Sept. 2022, recuperado en: www.who.int/es/news-room/fact-shets/detail/adolescent-pregnancy (última búsqueda: 5-4-2024)

³ Para la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, SEGO, todo embarazo en una mujer menor de 16 años debe ser considerado de riesgo, ya que es principalmente a estas edades, cuando está descrita una mayor morbimortalidad perinatal e infantil. Muchas son las complicaciones asociadas a la gestación en madres adolescentes, destacando: preeclampsia, parto prematuro, bajo peso al nacer y retraso de crecimiento intrauterino (RCIU), así como un incremento en la tasa de muertes fetales intraútero, abortos y muerte intraparto. Los peores resultados perinatales se observan



Pero, sobre todo, el embarazo adolescente se asocia a un potencial impacto negativo en el futuro bienestar de madre e hijo, manifestado en múltiples facetas vitales que condicionan las relaciones sociales, educativas y económicas: interrupción de los estudios con la consiguiente dificultad de entrada en el mercado laboral, limitación de recursos de cara a ejercer la maternidad, ruptura del círculo de amistades y la pertenencia al grupo, entre otras. En muchas ocasiones, este evento precipita la entrada en un círculo vicioso de aislamiento social, pobreza, vulnerabilidad, e incluso patológico, como la depresión u otros problemas de salud mental. Además, normalmente fruto de una relación esporádica y/o inestable, finaliza con la separación de la pareja,

cuando la gestación se produce en los dos primeros años después de la menarquia y la incidencia de estos se multiplica por 4 en madres de 13 a 15 años, y se duplica en madres de 15 a 19 años respecto a la incidencia observada en madres mayores de 19 años; en todos los casos, se relacionan las complicaciones con el retraso de los cuidados perinatales. Véase Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. ProSego. Embarazo en la Adolescencia. Madrid: SEGO 2013. Disponible

en: [https://www.sego.es/gapSEGO/Guias de Asistencia Practica#perinatal](https://www.sego.es/gapSEGO/Guias%20de%20Asistencia%20Practica#perinatal).

Se trata de una Guía sobre el control de la gestación en la adolescente, elaborada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que explica: la situación epidemiológica, el procedimiento de control y las complicaciones de estas gestaciones, con un enfoque centrado en las mujeres jóvenes. (Última búsqueda: 6-4-2024)



originando una maternidad en solitario, incrementando exponencialmente las dificultades de ejercicio de la propia autonomía, prolongando la dependencia de sus propias familias y la de los sistemas asistenciales como únicos recursos de garantía del bienestar y de una calidad de vida digna de la adolescente y el menor⁴.

Algunos fenómenos sociales que explican los embarazos no deseados son: el cambio en los modelos de sexualidad e importancia para el adolescente, el acceso prematuro a las nuevas tecnologías con información tan desbordante como engañosa -por ejemplo, a la pornografía u otras páginas de contenido sexual no apropiado y sin filtros adecuados para los menores-, el aumento de la actividad sexual temprana, e incluso el problema creciente de la violencia de género en los centros escolares, cuando no intrafamiliar (sobre todo en algunos países). Además, el EA se encuentra en ocasiones favorecido por factores sobreañadidos como pueden ser: entorno familiar desestructurado o complicado, bajo nivel socioeconómico, ambiente social conflictivo, consumo de sustancias, rechazo familiar y/o social, etc.

En este contexto, la mayoría de los estudios señalan que el diagnóstico por el pediatra o el médico de atención

⁴ MADRID, J, HERNÁNDEZ, GENTILE, L., CEVALLOS, L., "Embarazos y maternidad adolescente desde una perspectiva cualitativa en ciencias sociales", *Adolescere*, 2019, VII (1), 39-47



primaria no es sencillo, la sospecha EA no se encuentra en primer lugar en la consulta. La mayoría de adolescentes consulta por síntomas inespecíficos o atribuibles a su enfermedad de base, como es el caso de descompensación de su enfermedad psiquiátrica previa o amenorrea en adolescentes con trastorno del comportamiento alimentario, un gran número por enfermedad digestiva (vómitos, diarrea, dolor abdominal), algunas por sangrados inespecíficos...⁵. Sin embargo, aunque no es frecuente, debe incluirse como diagnóstico diferencial en pacientes de este grupo de edad, pues la diagnosis precoz va a ser fundamental para un manejo adecuado.

Además, este diagnóstico también es complicado desde el punto de vista de los principios legales y éticos, pues el profesional deberá conjugar los principios de autonomía del paciente y paternalismo, confidencialidad y secreto, intimidad y superior interés del menor. Una ecuación que, si complicada en la edad adolescente en cualquier consulta, se torna realmente difícil en el caso de un embarazo, donde además deben conocerse las

⁵ PALOMINO PÉREZ, L.M., PÉREZ SUÁREZ, E., CABRERO HERNÁNDEZ, M, DE LA CRUZ BENITO, A., CAÑEDO, G., "Embarazo en adolescentes en los últimos 11 años. Motivos de consulta y factores de riesgo", en *Anales de Pediatría*, Vol. 89. Núm. 2.páginas 121-122 (agosto 2018), DOI: 10.1016/j.anpedi.2017.11.001



herramientas para manejar una situación donde la paciente puede estar acompañada, con o sin sospecha inicial del diagnóstico. No menos problemática puede ser la consulta profesional en el caso de que la menor tenga confirmado su embarazo y acuda (sola o acompañada) para tomar la decisión -o incluso ratificarla- de interrupción voluntaria del embarazo. Y es que, las últimas reformas legales en España no dejan una situación fácil al profesional, al haberse eliminado incluso la posibilidad de informar a la menor del resto de opciones, apoyos y consejo que, sólo si explícitamente se solicitan por la paciente, pueden ofrecerse en la consulta.

En fin, aunque los últimos datos sobre embarazo adolescente permiten pensar que la ratio seguirá descendiendo, debemos analizar si las políticas normativas más recientes plantean medidas preventivas realmente eficaces, una educación en sexualidad eficiente y, en su caso, si la protección de la menor adolescente embarazada o ya madre goza de las garantías que le permitan llevar una vida lo más plena posible.

Ambas cuestiones han sido objeto de atención en la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁶. Esta norma resulta troncal para el reconocimiento, tutela y garantía de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las personas y,

⁶ BOE-A.2023-5364



particularmente, de la mujer, como elemento inescindible de los derechos fundamentales en el ámbito sanitario, como omnicomprendivamente reza su artículo primero:

"Esta ley orgánica tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción. Asimismo, se dirige a prevenir y a dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo".

Este análisis pretende ofrecer una panorámica aproximada a todas estas cuestiones basándose en la premisa de una salud integral de nuestros adolescentes, que se adelante a este problema desde una visión holística y pluridisciplinar tan necesaria para garantizar sus derechos a la protección de la salud. Por ello, este estudio pretende aportar algo de luz y a suplir una problemática, insuficientemente abordada desde una perspectiva jurídica hasta la fecha por la novedad de las recientes reformas legales y la doctrina constitucional, en tanto necesitada de una revisión que tome en consideración e incorpore también los aspectos ético-médicos, tan importantes para orientar en la práctica a nuestros profesionales sanitarios, sociosanitarios, del



ámbito de la educación o del trabajo social, pues la visión multidisciplinar debe ser la premisa de partida para garantizar los derechos sanitarios de nuestros adolescentes en toda su extensión.

2.- DATOS EPIDEMIOLÓGICOS

En la mayoría de los países europeos las relaciones sexuales se inician como media en torno a los 16 años, en la mitad de los casos, sin utilizar método anticonceptivo alguno, produciéndose gestaciones no deseadas cuya incidencia sigue una senda de descenso progresivo en los países desarrollados, en parte gracias a las medidas y programas educativos que se están implementando desde instancias internacionales y nacionales.

La prevalencia del EA es un indicador epidemiológico que se relaciona en gran medida con la situación socioeconómica del país.

A grandes rasgos, a nivel mundial entre 3 y 4 de cada 10 mujeres menores de 20 años se quedan embarazadas en, por lo menos, una ocasión. Ello significa que cada año nacen entre 14 y 16 millones de niños fruto de EA, esto es, el 10-11 % total de nacimientos anuales. Estas gestaciones y partos a nivel mundial ocasionan el 23 % de la morbi-mortalidad materna, siendo la principal causa de mortalidad entre adolescentes de 15 a 19 años . El 90 % de estas gestaciones y de esta mortalidad suceden en los países subdesarrollados e implican un alto riesgo de abortos con escasas garantías de seguridad. Como señala la Organización Panamericana



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

de la Salud, en América Latina y el Caribe se sigue concentrando el mayor porcentaje de gestantes adolescentes con 66.5 nacimientos por cada 1000 mujeres, siendo superado solo por África subsahariana ⁷.

En España, la tasa de fecundidad en adolescentes ha ido descendiendo de forma pronunciada desde los años 80, estabilizándose en los 90, registrando algún repunte a principios de este siglo, para luego ir progresivamente decreciendo. En 2017 las cifras se habían reducido casi un 50 % en relación con años anteriores, situándose en los años 2020 y 2021 en una cifra cercana a los 7.000 EA. La ratio sobre el total de estos nacimientos se sitúa en los años 2020 a 2022 en 2,12 y 2,13 %.

⁷ Organización Mundial de la Salud. Desarrollo en la adolescencia [Internet]. WHO. Disponible en https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/ [Links]; Organización Mundial de la Salud. Adolescentes: riesgos para la salud y soluciones [Internet]. WHO. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/adolescents-health-risks-and-solutions> [Links]; Organización Panamericana de la Salud. América Latina y el Caribe tienen la segunda tasa más alta de embarazo adolescente en el mundo. Disponible en https://www.paho.org/per/index.php?option=com_content&view=article&id=3983:embarazo-adolescente-al&Itemid=0 [Links] Última búsqueda: 6-4-2024



Por tanto, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)⁸, la tendencia en estos últimos años ha sido descendente en todas las edades de adolescentes. Sin embargo, la tasa de fecundidad varía según la nacionalidad y la edad. No sólo eso, la concentración de madres adolescentes varía dependiendo de la Comunidad Autónoma, de tal forma que las regiones con mayores índices de nivel de estudios, de renta per cápita y de participación femenina en el mercado de trabajo tienen unas tasas de fecundidad adolescente hasta un 40% menor frente a las menos favorecidas en términos socioeconómicos.

Problema añadido y relacionado es el de las mujeres migrantes o de algunos colectivos (especialmente el de la raza gitana) que no están accediendo a los recursos de atención en salud sexual y reproductiva. Como se señala en los recursos de la UNAF, *“la participación de estas mujeres en los servicios y recursos de atención especializada es anecdótica, estimamos que solo alcanza un 0,1%, lo que pone de manifiesto que las mujeres en su gran mayoría no acceden y que los recursos no llegan”*. La razón se encuentra en las barreras sociales, culturales e institucionales a las que se enfrentan las mujeres migrantes o de peculiaridades raciales a la hora de ejercer estos derechos. El desconocimiento del idioma, las diferencias culturales y todas las circunstancias derivadas de la propia situación migratoria, como la precariedad laboral, la falta de red de apoyo, la falta de información sobre el funcionamiento

⁸ Instituto Nacional de Estadística. (National Statistics Institute) (ine.es), última búsqueda: 5-4-2024



de los recursos y cómo acceder a ellos, o la desconfianza en las instituciones por la xenofobia y el racismo son causantes de que muchas mujeres no puedan ejercer de forma plena a sus derechos sexuales y reproductivos. De ahí la importancia también de establecer medidas de discriminación positiva que corresponde a los poderes públicos, para velar por el acceso universal a los servicios públicos de salud sexual y reproductiva para el pleno ejercicio de los derechos en este ámbito, independientemente de su situación administrativa⁹

Estos datos nos hacen plantearnos que la combinación de medidas de información y prevención del EA no son igual de eficaces en toda la población y son necesarias medidas de actuación dirigidas específicamente a estos grupos de riesgo, con una formación en la materia y un seguimiento más individualizado y ajustado a sus condiciones socioculturales.

Como se ha señalado, cerca del 90 % de los EA son no deseados o no planificados, siendo en la adolescencia un acontecimiento prematuro e inoportuno, que repercute tanto en la salud de la madre como en la del feto, asociando consecuencias sociales, educativas y económicas, además de efectos en la salud mental.

Otro dato a tener en cuenta es el porcentaje de EA que termina en interrupción voluntaria, que se calcula en

⁹ Recursos UNAF, Unión de Asociaciones Familiares, [UNAF denuncia la vulneración de derechos sexuales y reproductivos que sufren las mujeres migrantes y reivindica su acceso con la campaña "Tú importas" | UNAF](#), Última consulta: 6-4-2024



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

principio sobre el 35%, aunque esta cifra puede estar infravalorada y alcanzar casi al 60 %. El 63% de los embarazos de adolescentes y el 29% de los de mujeres inmigrantes acaban en aborto¹⁰.

Según se desprende del Registro Estatal de Interrupciones Voluntarias del Embarazo publicado por el Ministerio de Sanidad, la tasa IVE en 2022 fue de 11,68 por cada 1.000 mujeres entre 15 y 44 años, frente a los 10,70 de 2021. En cuanto a la edad de las mujeres, las menores de 20 años representan el 10,61% del total. El 41,28% de ellas declararon no usar ningún método anticonceptivo¹¹.

Un problema añadido es que hasta un 20 % de adolescentes se vuelven a embarazar en este periodo, lo que nos induce a pensar que algo está fallando en el sistema de prevención y protección, al persistir los mismos factores de riesgo y una ineficaz conducta anticonceptiva.

¹⁰ Instituto de Política Familiar (IPF) en su informe "El aborto en España 2023" [Informe del Aborto en España 2019 del Instituto de Política Familiar \(IPF\) - Iglesia Española - COPE](#) Última consulta: 6-4-2024

¹¹ El Informe con los datos actualizados, en [280923-interrupcion-voluntaria-embarazo-2022.pdf](#) (lamoncloa.gob.es) Última consulta: 5-4-2024



3.- ¿PUEDO CONFIAR EN MI MÉDICO? Derechos de los adolescentes a la información, consentimiento informado o por representación. Derecho a la intimidad y deberes profesionales de secreto y confidencialidad.

Las adolescentes precisan una consideración especial a su edad por parte de los distintos profesionales en cuanto a su autonomía, capacidad decisoria, consentimiento y confidencialidad.

Si siempre existe una obligación médica y legal de respetar la intimidad en la relación médico-paciente en base a la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, LAP), en el caso de la adolescente embarazada, con mayor motivo. Y ello porque a los derechos básicos como paciente deben sumarse los derivados del derecho a la salud sexual y reproductiva, que forma parte del derecho de todas las personas al más alto nivel posible de salud física y mental. La nueva Ley Orgánica 1/2023 conceptualiza los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales con entidad propia en el marco más amplio de los derechos en el ámbito de la protección de la salud garantizada constitucionalmente (art.43 CE), de acuerdo con los más recientes instrumentos internacionales. El reconocimiento de estos derechos, sobre cuyo carácter subjetivo siguen existiendo importantes discrepancias



doctrinales¹², va a suponer una concepción integral y omnicomprensiva esencial para su tratamiento y protección, y partiendo del derecho a la autodeterminación de la persona también en el ámbito sanitario, alargar el ámbito de los principios como mandatos de optimización dirigidos a los poderes públicos, su responsabilidad en la protección de los derechos en este ámbito, el reforzamiento del enfoque de género y la prohibición de discriminación y, no menos importante, la incorporación de la prevención con especial atención en la educación sexual de los menores y en la formación de los profesionales sanitarios e

¹² Discrepancias que se han manifestado esencialmente en la resolución del recurso de amparo frente a la anterior LO 2/2010, de 3 marzo, pues, aunque la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional han confirmado la constitucionalidad de la norma, los votos particulares formulados insisten de modo particularmente incisivo en este aspecto, con críticas sobre la creación jurisprudencial de un nuevo derecho sin amparo constitucional expícito, en la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023.

En la doctrina científica, pueden verse las opiniones críticas de MIJANCOS GURRUCHAGA, L.M., "Un comentario sobre la ley del aborto o interrupción voluntaria del embarazo de 2010 y su modificación de 2023", en Familia: Revista de ciencias y orientación familiar, Nº 61, 2023, págs. 43-65, en línea en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9077365>; un análisis comparado muy instructivo en BRAVO VARA, A., "Análisis de la LO 1/2023 por la que se modifica el régimen jurídico del aborto en España (LO 2/2010) desde la perspectiva del derecho comparado", Trabajo dirigido por MONTALVO, F., en Repositorio Comillas, en línea en <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/624520/retrieve>



instituciones educativas para adelantarse a los problemas.

En este apartado, concretamente nos centraremos en los que se han convertido en los temas más polémicos y de más alta conflictividad incluso en el ámbito judicial y en la doctrina constitucional: el derecho al consentimiento informado y el derecho a la información al menor de edad; y los problemas planteados por la ponderación entre el paradigma del derecho a la autonomía y a la autodeterminación del menor y el papel de los padres como representantes legales del menor, titulares de su patria potestad y su participación en el proceso decisonal.

3.1.- El derecho a la salud sexual y reproductiva: ¿derecho fundamental, derecho subjetivo de configuración legal, derecho de creación jurisprudencial?

La conceptualización de los derechos sociales y reproductivos como derechos inescindibles a los reconocidos en el ámbito sanitario, y ligados a otros derechos fundamentales más sólidamente arraigados es una cuestión que viene planteándose con un importante sustento a nivel internacional en los últimos años. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos relaciona la salud sexual y reproductiva de las mujeres con los derechos humanos,



incluyendo el derecho a la vida, a la salud, a la intimidad, a la educación y a la prohibición de discriminación¹³.

En esta línea, quizás el documento más relevante es la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión¹⁴, que incide sobre la importancia de garantizar los derechos sexuales y reproductivos en la Unión Europea, en el marco de la salud de las mujeres, al definir la salud reproductiva y sexual como *"un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias; y al afirmar que todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho y ofrezcan un enfoque positivo de la sexualidad y la reproducción, dado que la sexualidad es una parte integrante de la existencia humana"*.

En este marco, la concesión de autonomía a las menores se justificaba en el preámbulo de la anterior Ley 2/2010, de 3 de marzo, como pilar de la necesaria garantía por

¹³ Las primeras tentativas de incorporación de este derecho al ordenamiento internacional ya las encontramos en la Conferencia internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (1994) o la IV Conferencia internacional sobre la Mujer de Pekín (1995), por citar los dos precedentes más relevantes.

¹⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.html Consulta: 6-4-2024



parte de los poderes públicos al derecho a la vida y a la integridad física y moral (art.15), el derecho a la vida privada y a la intimidad personal y familiar (art.18 CE) y las decisiones que en torno a ellos amparan el derecho de autodeterminación individual, sin olvidar la protección integral de los hijos (artículo 39 CE). En el frontispicio de esta regulación brilla la dignidad de la persona como derecho fundamental (art.10 CE) y el legislador afirma que esta norma era necesaria para “garantizar a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo sin interferencia de terceros”, pues con ello “se limitaría innecesariamente la personalidad de la mujer”.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985 de 11 de abril, sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, la norma que por primera vez en nuestro país procede a la despenalización del aborto, denomina como “autodeterminación consciente” a la capacidad de tomar una decisión libre e informada, ajena a cualquier intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante. Y, aunque nos adelantemos al tema de la delicada cuestión sobre el aborto adolescente, creemos que es importante reseñar, para avalar la actual interpretación constitucional del derecho a la salud sexual y reproductiva, a la reciente STC 44/2023, de 9 de mayo, donde el Tribunal se pronuncia sobre el recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular sobre la LO de 2010, la conocida como “ley de plazos”. El recurso cuestiona la constitucionalidad del sistema, achacando el incumplimiento del deber estatal de protección de la vida



prenatal (ex art.15 CE). En este caso, la reciente STC, frente a su predecesora, cambia el foco de atención en la protección para primar la importante afectación que suponen el embarazo y el parto para la salud física y mental de la madre, que terminan condicionando la primacía de los derechos constitucionales de la titular que el legislador debe respetar al definir la necesaria protección de la vida prenatal. La sentencia ignora la ponderación de derechos que realizó en 1985 cuando entraban en conflicto los derechos de la mujer con los del nasciturus y considera que el sistema de plazos es conforme a la Constitución puesto que, con respecto a la mujer embarazada, le reconoce el ámbito razonable de autodeterminación que requiere la efectividad de su derecho fundamental a la integridad física y moral, en conexión con su derecho a la dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Y con respecto a la vida en gestación defiende que el sistema de plazos garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal recogido en el artículo 15 de la Constitución pues entiende que se cumple con la limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer que se hace dependiendo de la semana de gestación en la que se encuentre y del desarrollo del feto. De ahí que el TC señala que es obligación de las Administraciones Públicas asegurar la prestación de interrupción voluntaria del embarazo en tanto deber positivo de velar por la efectividad de los derechos fundamentales.

Este razonamiento da pie para la respuesta a otra cuestión de no menos enjundia planteada por los recurrentes, relativa a la posible inconstitucionalidad de una interpretación favorable únicamente a la efectividad



de los derechos de la mujer. El TC acude a su propia doctrina en materia de prohibición de la discriminación por razón de sexo, para sentenciar que cualquier limitación de derechos fundada en circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona, como sucede con el embarazo, el parto y la lactancia natural, es inconstitucional. Y con el escudo de esta doctrina, concluye en la "necesidad de interpretar cualquier limitación de los derechos de las mujeres, fundada en acontecimientos que sólo a ellas pueden afectar, del modo más favorable a la eficacia de tales derechos" (STC 44/2023, pp.70).

Sin embargo, esta doctrina ha sido muy criticada, al entenderse que el Tribunal excede el alcance y los límites del control de constitucionalidad y reconoce un nuevo derecho constitucional, que denomina "derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo", anclado en el art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 CE. Algunos de los votos particulares a la opinión del Pleno basan su oposición precisamente en esta crítica: reconociendo un nuevo derecho fundamental se sobrepasan las competencias del Tribunal pues este reconocimiento es potestad solo de los poderes constituidos. (Voto particular Enrique Arnaldo Alcubilla, Ricardo Enríquez Sancho, César Tolosa Tribiño)¹⁵.

¹⁵ Vid los atinados apuntes a esta doctrina, y su conexión con el derecho a un constitucionalismo "vivo", acorde con la evolución social y política que el máximo intérprete de la Constitución está llamado a realizar, en BRAVO VARA, A., "Análisis de la Ley Orgánica...", cit., pp.18 y ss.



Lo cierto es que, aun siendo anterior a esta doctrina constitucional, la LO 1/2023, dota de fundamentalidad a los derechos de salud sexual y reproductiva, con el apoyo de los textos internacionales citados, planteando un claro avance y un ambicioso enfoque en los derechos subjetivos de la mujer. Y al delimitar normativamente aquellos derechos, logra el enfoque integral de sendas dimensiones de la salud para garantizar una necesidad sentida y que estaban faltas de este explícito reconocimiento legal¹⁶.

Realmente, la nueva norma ha seguido a rajatabla esta concepción, que ya recomendó a nuestro legislador el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España de 2018. En este, se insta a nuestro país a garantizar en la práctica la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva para todas las mujeres y adolescentes, prestando la debida atención a las disparidades existentes entre las diferentes comunidades autónomas. Con este fin, proponía a España el establecimiento de un mecanismo apropiado para asegurar que el ejercicio de la objeción de conciencia no fuese un obstáculo para que las mujeres

¹⁶ Un análisis desde esta perspectiva, favorable a la consideración del derecho fundamental, TORRES DÍAZ, M.C., "Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.11, junio 2023, pp.156-161



tuvieran acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, particularmente a la interrupción voluntaria del embarazo. También instaba a nuestro país a eliminar las disparidades existentes en cuanto a la distribución de anticonceptivos de emergencia, tomando las medidas necesarias para asegurar su accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad para todas las mujeres y adolescentes en toda España. Por otro lado, el Comité señalaba la importancia de incorporar de manera integral la formación sobre salud sexual y reproductiva en los programas escolares de la enseñanza primaria y secundaria.

En cualquier caso, hemos de ser conscientes que, en la interpretación de los derechos constitucionales, este puede ser un importante salto cualitativo, pero la norma y, por tanto, la garantía efectiva del derecho requiere todavía una importante implementación normativa, una consciente pedagogía de difusión y educación y la puesta en marcha de los mecanismos organizativos y financieros que requieren la amplitud de sus medidas. Amén de que se trata de una legislación infra constitucional, por lo que no serán fáciles de articular las tutelas y garantías reforzadas para los derechos ubicados en la sección I del Capítulo II del Título I de la CE, más cuando conocemos cómo la doctrina constitucional ha devaluado a un pobre sentido programático y su fácil maleabilidad en atención a criterios básicamente economicistas a los principios rectores de la política social y económica¹⁷.

¹⁷ Por todas STC 64/2017, de 25 de mayo, (BOE núm. 156, de 01 de julio de 2017), ECLI:ES:TC:2017:64. Un comentario



3.2.- La menor, su capacidad, su derecho de autonomía y el consentimiento. Las dificultades que sigue planteando la teoría de la escala móvil de capacidad y la concepción del "menor maduro".

En España, según el Código Civil, la edad para emanciparse o casarse son los 16 años y la edad de consentimiento sexual se sitúa en los 16 años desde la reforma del Código Penal del año 2015. En ese momento, se elevó dicha edad (que hasta entonces era de 13 años) para aunar criterios con la Unión Europea, donde ningún otro Estado tenía una edad de consentimiento tan baja, y por recomendación del Comité de los Derechos del Niño (2007)¹⁸.

crítico en GARRIDO CUENCA, N., "Hacia una construcción del derecho a la salud como contenido del derecho fundamental a una vida digna y de calidad: el 'mínimo vital' como límite de la sostenibilidad económica", en *Libro Homenaje al profesor Barranco Vela*, Vol.II, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2014.

¹⁸ Esto significa que cualquier tipo de conducta de contenido sexual con un menor de 16 años sin su consentimiento constituye, en principio, un delito de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, popularmente conocida como "ley del solo sí es sí", que introdujo en el Código Penal la regulación del consentimiento sexual. Hasta la entrada en vigor de esta norma, el 7 de octubre de 2022, el Código Penal se refería al consentimiento sexual en su articulado, pero no especificaba qué se entendía como tal. Actualmente, el consentimiento sexual se define en el artículo 178.1 del Código Penal de la siguiente manera: 1. (...). Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente



Establecer la autonomía y confidencialidad de la adolescente embarazada puede ser complicado, debido por un lado a la atención que precisa y por otro al entorno que la rodea. La LAP reconoce en los 16 años la mayoría de edad sanitaria para consentir en las intervenciones, con algunas excepciones, que incluían la interrupción voluntaria del embarazo hasta la reforma operada en nuestra legislación en el año 2023, y establece la necesidad de tener en cuenta la opinión de la menor entre los 12 y 16 años, aunque dependiendo de su madurez, tenga que intervenir su representante legal.

mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona". Como ha señalado recientemente el Tribunal Constitucional español, "por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero deben de ser considerados como explícitos.

De modo que el consentimiento se construye como positivo y concluyente, ha de ser libremente prestado (implícitamente, no viciado), y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención "la voluntad de la persona", pudiera servir a dichos efectos, o dar una pista interpretativa al respecto. De modo que siempre se partió -y ahora también- de una inferencia: el Tribunal sentenciador extrae "en atención a las circunstancias del caso", la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que "expresen de manera clara la voluntad de la persona". **(Sentencia del Tribunal Supremo número 196/2023, de 21 de marzo)**.



Desde luego que el punto de partida debe ser que el reconocimiento de las capacidades del menor y su participación en la toma de decisiones forma parte integral de la seguridad del paciente, de la efectividad clínica, prevención de enfermedades y prestación de servicios sanitarios¹⁹. Sin embargo, es evidente que los problemas de inseguridad jurídica de los profesionales sanitarios o del derecho ante un nuevo adolescente en la era digital no son pequeños, en general, pero especialmente en el caso del EA.

Nuestro régimen jurídico adopta fundamentalmente un criterio objetivo, de manera que el factor que determina que se atribuya o no capacidad de obrar al menor es la edad. Los menores de 12 o más años tienen el “derecho a ser escuchados” a la hora de adoptar una decisión médica que les afecte, mientras que los de 16 o más años son ya, en principio, titulares del derecho a aceptar o rechazar el tratamiento médico.

Sin embargo, a partir de la reforma de 2015 puede admitirse, aunque de forma algo confusa, que la Ley incorpora ya un criterio mixto (objetivo y subjetivo) basado tanto en una edad de referencia como en la madurez suficiente real del menor. Este régimen general se matiza con una serie de excepciones en las que se seguirá el criterio general de mayoría de edad (18 años)

¹⁹ ANDRÉS DOMINGO, P., “Embarazo de la adolescente. Problemas, maternidad, aspectos legales”, en Dir. M.I. Hidalgo, I. Rodríguez, M.T. Calvo, *Medicina de la Adolescencia. Atención integral*, Capítulo 142, 3ª ed., Ergón, 2021.



y que atienden a la naturaleza y/o gravedad del acto médico. Y como aún quedan zonas grises, surge la doctrina de la escala móvil de capacidad, que incluya la valoración de la edad y de la gravedad de las consecuencias de la decisión y el impacto de éstas a corto, medio y largo plazo. La regulación de estas cuestiones, abordadas magníficamente por la doctrina, siguen siendo aplicables y deben ser el punto de partida cuando de adolescentes hablamos. Porque, además, como tan bien ha sintetizado DE MONTALVO²⁰, las particularidades del cerebro adolescente deben ser tenidas en cuenta cuando de este paciente se trata, y siguen planteando, al menos, estas cuestiones:

- Discrepancias sobre la graduación establecida en Ley 41/2002.

²⁰ DE MONTALVO, F., "Derechos de los menores en el ámbito del tratamiento psiquiátrico", en línea en https://www.cursopsiquiatriasema.com/wp-content/uploads/2020/06/553-554_Anexo1-Caso22.pdf. Para la bibliografía sobre el tema general del consentimiento, nos remitimos a su cita bibliográfica, en particular, DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, F, RODRÍGUEZ MOLINERO, L. "Consentimiento informado y aspectos legales en la atención al adolescente", en línea en: <https://www.pediatriaintegral.es/publicacion-2022-07/consentimiento-informado-y-aspectos-legales-en-la-atencion-al-adolescente/>; sigue siendo de lectura obligada, el clásico análisis del autor, DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, *Menores de edad y consentimiento informado*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- En muchos casos, la mera graduación hipotética no responde a la verdadera capacidad volitiva y cognitiva del menor.
- Tan importante como el elemento volitivo es el elemento moral y los factores psicosociales.
- Rechazo de la figura de autoridad.
- Además, la Psicología evolutiva ha demostrado científicamente el menor desarrollo de la capacidad del menor de 16 de prever consecuencias a medio o largo plazo: ¿es siempre capaz de decidir acerca del tratamiento cuando de su no aplicación puede derivarse no un daño o riesgo inmediato, sino más a largo plazo (algunas patologías mentales)?
- La Neurociencia ha demostrado también el menor desarrollo lóbulo frontal del cerebro adolescente en transición, lo que implica una mayor vulnerabilidad por los fallos en el proceso cognitivo de planificación y formulación de estrategias.

Es más, existen algunos estudios que han analizado los cambios que se producen en la corteza prefrontal del cerebro relacionándolos con la decisión de abortar. Partiendo de su función de permitir o inhibir la realización de comportamientos selectivos, es decir, ayudar a decidir cómo enfrentarse a una determinada situación, en relación con la difícil decisión de abortar o de continuar el embarazo, las facultades mentales que se requieren dependen del nivel de desarrollo del lóbulo frontal del cerebro. Entre ellas destaca la capacidad para controlar



los impulsos instintivos, la toma de decisiones, la planificación y anticipación del futuro, el sentido de la responsabilidad hacia sí mismo y los demás o la capacidad empática. La contradicción entre lo que no se les enseñó en la infancia y lo que se les exige en la madurez hace que carezcan de experiencia a la hora de tomar decisiones relevantes de cualquier ámbito, incluido el sexual, y se vean enormemente influenciados por el entorno. Por ello, la decisión de interrumpir un embarazo implica, en un primer momento y en un alto porcentaje de casos, un gran nivel de estrés y de dolor físico para cualquier mujer, y en mayor medida cuando se trata de jóvenes o adolescentes²¹.

Con estos mimbres, y teniendo en cuenta la escala móvil de capacidad del menor, es probable que surjan problemas de confidencialidad durante la prestación de la atención médica a adolescentes muy jóvenes, incluso problemas de confidencialidad entre los miembros del equipo multidisciplinar y con la familia de la adolescente. El conocimiento del embarazo en una adolescente exige al personal sanitario que la atiende considerar la capacidad intelectual y madurez psíquica para consentir su relación sexual y el propio hecho de su estado, y ello

²¹ LLAMAS BONILLO, A., "Aborto en menores: una amenaza para su salud psicológica", *THERAPEÍA* 6 [Julio 2014], pp. 61-70. Los datos se toman del estudio citado por la autora, en OLIVA DELGADO, A., "Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia", *Apuntes de Psicología*, 2007; 25: 239-254.



a veces no es sencillo. Pero, en todo caso, hay que intentarlo. Por ello, la consulta inicial debe incluir un momento de confidencialidad, privacidad, escucha activa, y ser un espacio libre de interferencia de terceros. Incluso la indagación respetuosa en torno al origen y circunstancias del embarazo es un primer paso hacia la detección de un posible abuso sexual. Solo después de este primer estadio habrá que poner en marcha las reglas sobre la representatividad de la adolescente.

Como correlato del criterio del "interés superior del menor", la capacidad de los menores debe entenderse modulada cuando se trate de intervenciones "de grave riesgo". Ello implica, para una autorización de tratamiento, que se haya pasado de la mera "información a los padres/representantes", cuya opinión será tenida en cuenta, a "la decisión por sus representantes" en salvaguarda de la vida o salud del menor. Y respecto al rechazo al tratamiento (para menor o representante), se establece como regla general que "la decisión debe adoptarse siempre al mayor beneficio para la vida o salud". Las decisiones contrarias se deben poner en conocimiento de la autoridad judicial (directamente o a través del MF), que adoptará la resolución correspondiente. Y una excepción: "Salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un



deber y de estado de necesidad”²².

4.- ¿Y SI DECIDO INTERRUMPIR MI EMBARAZO? De los métodos anticonceptivos a la interrupción voluntaria, pasando por el derecho de información

España pertenece desde 2010 al grupo de naciones con aborto libre garantizado dentro de un periodo gestacional estipulado por ley, que en nuestro caso son las 14 semanas de gestación. Desde ese año hasta 2022, aproximadamente 1,3 millones de interrupciones voluntarias del embarazo (IVE) han sido comunicadas por los 222 centros habilitados para este fin, más de un 75% de ellas practicadas en instalaciones extrahospitalarias privadas²³.

²² Para un análisis más exhaustivo de estos principios vid GARRIDO CUENCA, N., “Seguridad de pacientes y salud mental en la infancia y la adolescencia: apuntes desde el derecho sanitario para una revisión del consentimiento informado, los internamientos y tratamientos involuntarios y la respuesta a las conductas autolíticas”, *Revista Derecho y Salud*, vol.33, Extraordinario – 2023, en línea en <https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-33-extraordinario-2023/seguridad-pacientes-y-salud-mental-la>

Los datos proceden del interesante informe estadístico actualizado a 2023 sobre el aborto a nivel mundial del Statista, en línea en [El aborto en España - Datos estadísticos | Statista](#). Las cifras oficiales del Ministerio de Sanidad concretan que el 82,70% de las IVE se han realizado en centros derivados (concertados o no) y el 17,02% centros públicos [La Moncloa](#). 28/09/2023. El número de interrupciones voluntarias del



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

embarazo aumentó un 9% en 2022
[Prensa/Actualidad/Sanidad]. Consulta: 5-4-2024

Estos datos públicos deben también llevar a una reflexión sobre la accesibilidad universal y la responsabilidad pública en la garantía del ejercicio de este derecho. Puede que esta sea la razón por la que nueva LDSR incorpora un nuevo apartado al artículo 18 (bis), concretando los términos de la información pública sobre el proceso y las condiciones de la prestación en el ámbito público. En este punto, la regulación de la objeción de conciencia resulta trascendental para equilibrar la colisión de derechos susceptibles de generar. El artículo 19 bis reconoce a las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo el poder ejercitar dicho derecho de manera individual, sin que en ningún caso pueda menoscabar el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo. La norma refuerza la idea de que el rechazo o la negativa a realizar la prestación por parte del personal sanitario directamente implicado es una decisión individual que debe manifestarse con antelación y por escrito. Estas exigencias son imprescindibles para garantizar la calidad asistencial en la prestación y que el legal ejercicio personal de la objeción de conciencia no implique vulneración de los derechos reconocidos a las mujeres. Por ello, la norma crea el registro de personas objetoras de conciencia (artículo 19 ter), con efectos organizativos y para una adecuada gestión de la prestación, previéndose su creación en cada comunidad autónoma, así como en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. En un ejercicio de coherencia, hasta ahora inexistente en el ámbito de la profesión dados los datos señalados, el precepto prevé que quienes se declaren objetores de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa, tanto en el ámbito de la sanidad pública como privada. En el Consejo Interterritorial SNS de 15 de diciembre 2024 el Ministerio de Sanidad y las Comunidades Autónomas han



Si bien un millón parece una cifra elevada, no puede ignorarse que el número de abortos desde 2010 hasta 2022 se redujo cerca de un 13% hasta rondar los 98.300 casos en ese último año, es decir, en torno a 11,7 interrupciones por cada 1.000 mujeres. Esta tasa posiciona a España muy por debajo de la media mundial (39 interrupciones por cada 1.000), aunque sí por encima de las ratios de otros países europeos, como Alemania, Italia, Suiza o Portugal.

Llegados a este punto cabe preguntarse: ¿qué está fallando para que sigan registrándose tantos embarazos no deseados que concluyen en abortos, incluso de forma reiterada? El principal motivo es la relajación o laxitud en el uso de anticonceptivos, ya sea por dejadez o razones económicas. De hecho, más del 20% de las mujeres españolas no los utiliza nunca o casi nunca y una tercera parte de los IVE son el resultado de contactos sexuales sin protección. Lo que resulta significativo es que las generaciones ubicadas en la línea roja no sean las más jóvenes, sino aquellas con edades comprendidas entre los 25 y los 34 años (43%). Las menores de 20 años representan el 10,61% del total y el 41,28% de ellas declararon no usar ningún método anticonceptivo. Lo que sugiere que, en general, la población joven no está

aprobado por unanimidad el Protocolo para la creación del "registro de objetores de conciencia al aborto", estableciendo unos criterios mínimos, destacando que en estos se incorporarán únicamente los datos "estrictamente necesarios" de los objetores y que serán catalogados como "especialmente protegidos".



recibiendo la información o educación adecuada o el coste de los métodos de anticoncepción siguen siendo elevados sobre todo para los adolescentes.

Esta es una de las cuestiones a las que intenta dar respuesta la nueva Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LDSR)²⁴, que garantiza la dispensación gratuita y acceso a los métodos anticonceptivos que se han considerado más eficaces: los anticonceptivos hormonales, incluidos los métodos reversibles de larga duración, sin aportación por parte de la usuaria, cuando se dispensen en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud; también se prevé la gratuidad de la anticoncepción de urgencia (píldora del día después) en estos centros y en los servicios de atención especializada²⁵. Respecto a esta

²⁴ LOMAS HERNÁNDEZ, V., "10 Novedades de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", *El Derecho. Tribuna*, en línea en <https://elderecho.com/novedades-ley-organica-1-2023-salud-sexual-interrupcion-embarazo>

²⁵ La nueva Ley también prevé la distribución gratuita de métodos anticonceptivos de barrera en los centros que ofrecen servicios sociales, en los centros residenciales dependientes de la red de servicios sociales y en los lugares donde permanezcan personas privadas de libertad. Además, podrán distribuirse métodos de barrera durante las campañas de



cuestión debe también recordarse la importancia del respeto a la confidencialidad y la intimidad de las jóvenes en la consulta, donde, de nuevo dependiendo del grado de madurez, los profesionales deben respetar la decisión del menor, sin que la representación o aprobación parental sea absolutamente necesaria en todo caso.

4.1. Consentimiento informado ¿sin información?

Más complicada es la intervención del profesional y las relaciones parentales en la interrupción voluntaria del embarazo. La Ley de 2023 restituye a las jóvenes de 16 y 17 años la opción de finalizar la gestación sin el permiso y consentimiento de sus padres. Este derecho estaba ya recogido en Ley Orgánica 2/2010 (ley de plazos), como derecho subjetivo durante las primeras catorce semanas de gestación en el marco de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Pero fue eliminado en la reforma de 2015. Esta ha sido una cuestión especialmente controvertida y, de hecho, más de un 50% de la población española la rechaza²⁶. Por tanto, la joven mayor de 16 años goza de total autonomía en la decisión de abortar²⁷.

educación sexual que en ejercicio de su autonomía se realicen en los centros de educación secundaria.

²⁶ [Menores y aborto sin permiso parterno: opinión de los españoles según ideología política | Statista Última consulta: 6-4-2024](#)

²⁷ La Ley de 2023 justifica esta norma en recomendaciones internacionales: "la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada



Como se ha señalado, la concesión de autonomía a las menores se justificaba en el preámbulo de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, como pilar de la necesaria garantía por parte de los poderes públicos al derecho a la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar y las decisiones que en torno a ellos amparan el derecho de autodeterminación individual. Para entender necesaria esta norma para “garantizar a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo sin interferencia de terceros”, pues con ello “se limitaría innecesariamente la personalidad de la mujer” (esto es, la “autodeterminación consciente” que acuñó la STC de 1985 mencionada)²⁸. La cuestión que aquí nos plantea

judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, que supuso un retroceso en la capacidad de decisión de las mujeres de 16 y 17 años y las mujeres con discapacidad a la hora de decidir sobre sus propios cuerpos, un paso hacia atrás que ha sido criticado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España de 2018. En dicho texto, el Comité alertaba del obstáculo que la reforma de 2015 suponía para el acceso al aborto por parte de las adolescentes de entre 16 y 18 años y de las mujeres con discapacidad al exigir el consentimiento expreso de sus representantes legales. Esta misma cuestión la indicaba el Comité CEDAW en sus observaciones de 2015 recomendando a España que no aprobase la reforma que impedía a las menores de 16 y 17 años interrumpir voluntariamente su embarazo sin consentimiento de sus tutores legales

²⁸ STC 53/1985, de 11 de abril; BOE, de 18 de mayo de 1985, núm. 119, p. 10211- 10234.



duda es si realmente una menor de 16 años está preparada para ejercer este derecho, sobre todo cuando no tiene toda la información disponible sobre la intervención, como analizaremos seguidamente.

Para las menores de 16 años se aplica la regla general de la LAP, con remisión al supuesto del consentimiento por representación: "*Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*"; por tanto, cabría plantear, a sensu contrario, la aplicación de la doctrina del menor maduro (aquél que sí tiene capacidad intelectual y emocional). En ambos casos, la discrepancia entre la menor y los llamados a prestar el consentimiento por representación se resolverán por la autoridad judicial y el procedimiento tendrá carácter urgente. Por tanto, el profesional tiene la difícil tarea inicial en el primer momento de la toma de decisión de ventilar sobre la madurez de la menor, informar a sus padres -o no-, recabar en su caso el consentimiento y, solo en caso de conflicto -ya sea entre la menor y sus padres, o entre ellos-, remitir la cuestión a la autoridad judicial.

Ahora bien, el mayor problema que creemos plantea esta nueva regulación es la eliminación sin matices ni excepciones del derecho a la información sobre la intervención que antes se preveían, además de manera obligatoria e incluso con sanción penal en caso de desinformación para el profesional: a) la información preceptiva a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad



y, en el caso de personas con alguna discapacidad y b) plazo de reflexión de tres días²⁹.

La nueva Ley elimina este periodo de reflexión y además considera esta información meramente como "adicional" y "solo se facilitará si así lo requiere la mujer"³⁰. Por tanto, a nuestro juicio la norma parte de la presunción de que toda mujer embarazada que llega a la consulta tiene una opción predeterminada, que es la interrupción, y que el profesional no puede ofrecerle toda la información relativa al proceso de la maternidad. Que quizás en una mujer adulta pueda servir como presunción para no añadir sesgos que condicionen su

²⁹ La Ley 2023 modifica el artículo 145 bis, del Código Penal eliminando del apartado 1 las letras a) y b) para, en coherencia con las novedades incorporadas por la norma, eliminar la tipificación como delito del hecho de practicar un aborto sin remisión de información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad o sin haber transcurrido el periodo de espera, dado que estos requisitos se eliminan de la norma especial

³⁰ La única información a la que está habilitado y obligado el profesional es a: 1) Información del personal sanitario sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, quirúrgico y farmacológico, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley orgánica, los centros públicos y acreditados a los que se podrán dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente; y 2) Interrupción voluntaria del embarazo después de las catorce semanas de gestación por causas médicas: Información sobre los distintos procedimientos posibles para permitir que la mujer escoja la opción más adecuada para su caso.



autonomía. Esta idea se refuerza además en la LDSR al establecer que *“Las administraciones públicas competentes garantizarán el libre ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo y especialmente, velarán por evitar que la solicitante sea destinataria de prácticas que pretendan alterar, ya sea para afianzar, revocar o para demorar, la formación de su voluntad sobre la interrupción o no de su embarazo, la comunicación de su decisión y la puesta en práctica de la misma, con la excepción de la información clínica imprescindible y pertinente”*.

La jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la normativa anterior, había entendido satisfecho el deber de proteger al nasciturus ponderando los derechos de autodeterminación de la madre si la madre recibe una asesoría sobre las posibilidades en materia de información y ayudas de protección social en el caso que decida continuar la gestación y dar a luz a su hijo. La última doctrina constitucional da un viraje en este sentido, entendiendo que el sistema de plazos garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal ya que cumple con la limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer que se hace dependiendo de la semana de gestación en la que se encuentre y del desarrollo del feto, siendo esta limitación suficiente. Desde luego se trata de una interpretación forzada del art.15 CE. Los magistrados disidentes tachan de artificial esta doctrina, basada en la doctrina de la interpretación evolutiva de nuestro texto constitucional, entendiendo además que con ella se ha dado lugar a una extralimitación en sus funciones que lleva al más puro activismo judicial.



La última STC 92/2024, de 18 de junio de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 3630-2023 incide en esta doctrina, reforzando argumentos anteriores: “Como ya dijo este tribunal en la STC 44/2023, FJ 5 (iii), respecto de los arts. 14 y 17 en su redacción originaria (en que la información controvertida se entregaba por escrito y en sobre cerrado), no se trata de presionar o persuadir a la mujer para que decida en un sentido determinado, sino de poner a su alcance la información que pueda necesitar para adoptar su decisión, sin incurrir en intromisiones excesivas o ilegítimas en el ámbito de su autonomía personal. Y esto es, precisamente, lo que aseguran los preceptos recurridos, en tanto que exigen que la mujer cuente obligatoriamente con la información médica relevante –única imprescindible en este contexto como garantía del derecho fundamental recogido en el art. 15 CE–, al tiempo que facultan para que, además, conociendo que tiene a su disposición otra información adicional que puede ser de su interés, la pueda solicitar en cualquier momento si, en el ejercicio de su libertad personal, así lo considera necesario o conveniente. En conclusión, el hecho de que no se entregue obligatoriamente esta información adicional no afecta ni perjudica a la correcta formación del consentimiento informado. Por lo tanto, se desestima la impugnación de los preceptos recurridos basada en la vulneración del art. 15 CE”.

Los Votos particulares han sido especialmente críticos con esta solución:

“...la sentencia ha confirmado esa concepción de la ley en que, al menos en las primeras catorce semanas



del embarazo, la mujer puede no recibir información alguna sobre las ayudas posibles en caso de que decidiera continuar con su embarazo, desprecia también esa perspectiva que considera el conocimiento de los progenitores o al menos de alguno de ellos del estado de embarazo de su hija desde el punto de vista de la ayuda que aquellos pudieran ofrecerles en caso de que renunciara a una primera decisión de abortar.

Este art. 13 bis, como toda la ley, está inspirado en lo que claramente se dice en su exposición de motivos: eliminar los obstáculos que pudieran impedir el ejercicio del derecho al aborto. Desde este punto de partida, la ley y la sentencia aprobada por la mayoría no consideran el conocimiento de los padres como una posible vía que puede ayudar a su hija a gestionar una situación que va a comprometer inevitablemente toda su vida, sino como un obstáculo a que ejerza, aunque sea en la más completa soledad, su «derecho fundamental» al aborto” (VP. Enríquez Sancho).

Insistiendo en el papel de los padres en el consentimiento informado, por más que fuera a título meramente informativo y dudando de la consolidación normativa de un auténtico consentimiento informado:

“La sentencia no ha tenido en cuenta, al enjuiciar esta norma, que también debe ponderarse la protección efectiva de la vida prenatal (art. 15 CE) y que para ello no puede prescindirse del posible compromiso de los padres o tutores de ofrecer a la menor embarazada ayuda en todo lo que fuera preciso a la hora de adoptar una decisión que necesariamente afectará a toda su



vida. La norma en cuestión impide el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad en interés de las menores, y priva a estas de la asistencia de sus padres o tutores en el momento de tomar una decisión trascendental que puede comportar una grave afectación física y psíquica de las menores embarazadas...La regulación impugnada no garantiza debidamente que la gestante preste su consentimiento informado para la práctica del aborto. Difícilmente puede hablarse de un verdadero consentimiento informado, y de protección de la vida prenatal, cuando ni siquiera se permite que esa información a la que se refiere el art. 17.2 de la ley sea asimilada por la gestante, aunque sea en un breve plazo". (VP. Arnaldo Alcubilla)

Insiste también en la incorrecta presunción del consentimiento informado el VP de Tolosa Tribeño:

“Esta disminución de las garantías del consentimiento informado se ve acrecentada desde el momento en que la norma impugnada admite ahora la posibilidad de que la información se ofrezca a la mujer embarazada de forma «verbal» si así lo solicita.

Entiende la sentencia que la mujer embarazada puede elegir, en el ejercicio de su autonomía personal, «el formato en que desea recibir la información legalmente prevista». Pero con esta aseveración se olvida que la forma de recibir la información o de prestar el consentimiento no es una cuestión que dependa de una opción personal, sino de las circunstancias concretas y de las exigencias que deriven de la regulación legal.



Estamos ante intervenciones médicas y no podemos olvidar que el art. 8.2 de la Ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002) indica de forma imperativa que el consentimiento se prestará por escrito cuando se trate de una intervención quirúrgica, y procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Ante un acto con la trascendencia y consecuencias que conlleva la interrupción voluntaria del embarazo, no es posible entender que la información se dé únicamente de forma verbal, cuando el consentimiento necesariamente debe otorgarse por escrito.

Lo que ocurre en definitiva es que el legislador pretende, y el Tribunal Constitucional lo ha admitido, que el consentimiento informado en la interrupción del embarazo se convierta en un trámite rutinario, burocrático, y carente de relevancia. Todo ello afecta a la correcta formación del consentimiento informado, produciéndose a la postre una desprotección de la mujer en contra de los postulados constitucionales, no pudiéndose tampoco entender cumplidas las garantías que derivan del art. 15 CE”.

Incluso se ha señalado que esta reforma vendría a reconocer que el aborto, al igual que otros procedimientos sanitarios que figuran en la ley 41/2002, establece los 16 años como presunción de capacidad decisoria, pero no se trata de la mayoría de edad sanitaria. El único fundamento sería el de consignar un



límite objetivo de la edad para evitar la arbitrariedad y proteger la seguridad jurídica. La controversia de esta modificación viene dada porque para nuestro ordenamiento la edad es una presunción "iuris tantum" de capacidad natural y por tanto es inevitable que se compare a otras leyes que consideran que se necesita la mayoría de edad para realizar ciertas acciones sin el consentimiento paterno, como comprar alcohol o hacerse un tatuaje, pero el legislador ha decidido fijar esa presunción en los 16 años para la interrupción del embarazo³¹.

Respecto a la información que en sobre cerrado se debía facilitar a la menor antes de su decisión, somos de la opinión de que el derecho a recibir información es un requisito "asociado al consentimiento". Y una información, para ser adecuada, completa y suficiente, no debe estar orientada exclusivamente a la práctica del aborto, sino también a la protección de la maternidad (sin introducir consideraciones éticas ni religiosas), articulada de tal modo que no suponga restricción alguna del derecho. Igual pensamos de la supresión del periodo de reflexión de al menos tres días, más cuando se trata de un adolescente del que ya hemos descrito aptitudes y actitudes fundamentalmente derivadas de su neurodesarrollo físico y mental, entendiendo que un

³¹ DE LORENZO, R., "La contradicción de los dieciséis años como mayoría de la edad sanitaria", septiembre 2022, en línea en [La contradicción de los dieciséis años como mayoría de la edad sanitaria \(redaccionmedica.com\)](#); BRAVO VARA, A., "Análisis de la Ley Orgánica...", cit. p.37



periodo de reflexión es imprescindible para una adecuada formación de la voluntad y para la adopción de una decisión consciente y meditada.

Ahora bien, ¿realmente una niña entre los 12-16, e incluso de 16 a 18 años está preparada para tomar una decisión de tal trascendencia para su salud, entendida en el sentido integral que mantenemos, sin ninguna intervención informativa que, además, con toda probabilidad, ni conocerá? ¿La información clínica pertinente no debería incorporar en estos casos una información lo más completa posible sobre el EA, las posibilidades y los riesgos?

Según la encuesta sobre hábitos sexuales (MSC) las expectativas de los jóvenes sobre las fuentes de información en temas de sexualidad y anticoncepción no se corresponden con la realidad de la información recibida. Los medios de comunicación y el entorno social son las principales fuentes de información de los jóvenes en temas de sexualidad y anticoncepción. A pesar de que los jóvenes preferirían obtener información sobre sexualidad y anticoncepción de los padres o familiares mayores en primer lugar y de profesionales sanitarios en segundo, en realidad siguen siendo "los iguales" la fuente principal de información. Los resultados de las encuestas apuntan, además, hacia la educación sexual como determinante de los comportamientos. Se observa un incremento significativo en el uso de Internet como fuente de información en retroceso a la facilitada por profesionales sanitarios. El 36 % de los jóvenes reconocen haberse expuesto a algún riesgo en las



relaciones sexuales, principalmente a embarazo no deseado³².

En nuestra opinión, la Ley debería haberse remitido en este punto para los menores de edad a la completitud de los derechos de información LAP y a la Ley de protección del menor, como única forma de garantizar el paradigma del "interés superior del menor" y ponderar el derecho a la propia autonomía que solo puede garantizarse plenamente con un consentimiento realmente informado, tan relevante en la decisión de nuestros menores. Pues de otra forma, difícil va a resultarle al profesional medir los criterios de madurez en la atención de la adolescente: comprensión adecuada (entiende la información dada o la situación en que se encuentra), dar motivos razonables para fundamentar su decisión, saber ponderar los riesgos y beneficios de su decisión y poder acudir solo para recibir asistencia. Y en la evaluación de la madurez relacionarla con una situación concreta, considerar la influencia de los estados afectivos y sobre todo la repercusión de la decisión en la salud o la vida del paciente. En este caso, solo se nos ocurre que el profesional deberá buscar el equilibrio entre confidencialidad, paternalismo y autonomía, para recurrir, sin infringir la ley, a la figura de los padres, relegados y ausentes en la normativa actual, para que

³² Fuente: Encuesta DAPHNE, en "Manual sobre Prevención de Embarazos no Intencionados, de Infecciones de Transmisión Sexual y VIH/SIDA", en línea en [Manual sobre Prevención de Embarazos No Deseados, Infecciones de Transmisión Sexual \(ITS\) y Virus de Inmunodeficiencia Humana \(VIH\)](#) (sanidad.gob.es) Última consulta 6-11-2024



sean ellos los que faciliten toda la información que el interés de la menor debe tener para tomar una decisión que afectará, sin duda, a todo el núcleo familiar.

4.2.- Patria potestad y decisión de interrumpir el embarazo sin información ni consentimiento de los padres o representantes legales a partir de los 16 de años

Una de las cuestiones más delicadas y que más conflicto ha generado ha sido la necesidad o no de informar a un representante legal si la mujer que quiere interrumpir el embarazo tuviera los 16 años cumplidos. En la última doctrina constitucional, el abogado del Estado se pronunció sobre este asunto en su escrito y este fue plasmado en la sentencia, aunque luego no se entró a discutir sobre el mismo. Los recurrentes objetaban que al ocultar información sobre el aborto a los padres o tomar decisiones sin su conocimiento, se impide que puedan acompañar y aconsejar a su hija menor en una decisión de tal trascendencia. El otro argumento capital era el deber estatal de protección a la familia que impone el art.39 CE, que implicaría respetar los derechos de los padres, con el consiguiente deber de informarlos sobre el embarazo de su hija y permitirles ser escuchados antes de tomar cualquier acción irreversible. También, aunque reconocen que el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de la menor pueden entrar en conflicto con el derecho de los padres, sugieren que la formación de una persona implica influencia en su configuración personal, por lo que discrepan de la exclusión de la intervención paterna. Pues, además, en



todo caso quedaría la posibilidad de intervención judicial como último recurso.

Los argumentos de la Abogacía del Estado parten de la premisa de que constitucionalmente cabe que antes de los 18 años el legislador reconozca autonomía a la mujer para el consentimiento. De hecho, la Constitución distingue entre niños y jóvenes sin definir estos términos, y si nos remitimos a legislación internacional, la Convención de Derechos del Niño de 1989 establece que un niño es todo ser humano menor de dieciocho años, pero en ningún momento esto implica que hasta esa edad el menor no tenga capacidad para tomar decisiones que le afecten. De ahí la previsión del art.12.1. de la Convención que fortalece el derecho del niño a formarse un juicio propio y a expresar libremente su opinión en asuntos que lo afecten, sin perjuicio de que haya de valorarse su edad y madurez. Razonamiento este que también el TC había reconocido con anterioridad. Además, a la luz del artículo 39.4 (Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos) de la Constitución en relación con el artículo 12.1 de la Convención, sería justificado que el legislador priorice la opinión de la menor en una decisión tan trascendental para ella como la maternidad (STC 44/2023).

En esta línea, la posterior STC 92/2024, recuerda que "es preciso insistir en que el establecimiento de las distintas edades a partir de las cuales el menor de edad, en función de su madurez, puede ir asumiendo progresivamente capacidad de decisión acerca de las



cuestiones que le afectan corresponde al legislador democrático al que, por su posición constitucional, debe serle reconocido un amplio margen de apreciación para la determinación de la edad en función de las distintas circunstancias que deban ponderarse en cada caso [SSTC 55/1994, de 24 de febrero, FJ 2 *in fine*, y 99/2019, FJ 6 a)] pues, sin perjuicio de establecer la mayoría de edad en los dieciocho años (art. 12 CE), la Constitución no impone un modelo cerrado en virtud del cual deban quedar privados de toda capacidad de obrar los menores de edad. Este margen de apreciación, además, debe ser razonablemente amplio y flexible, si se tiene en cuenta que, como resulta de la exposición precedente, el carácter gradual y progresivo de la adquisición de capacidad de discernimiento, desde la infancia hasta la mayoría de edad pasando por la adolescencia, obliga a huir en la medida de lo posible de apriorismos o de reglas generales unívocas y parece abogar por soluciones casuísticas, que permitan adaptarse a los diferentes intereses en juego en cada tipo de decisión”.

Sin embargo, olvidando que los intereses de las menores embarazadas serían especialmente dignas de una apreciación especial, la sentencia decide aplicar las reglas generales en el ámbito sanitario sobre capacidad de obrar, zanjando la controversia sin matices: “este tribunal ha afirmado que «todo lo relacionado con el embarazo y parto debe entenderse vinculado, fundamentalmente, a la vida privada de la mujer y, por tanto, a su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)» [STC 66/2022, de 2 de junio, FJ 3 A) c) (ii)] para considerar constitucionalmente admisible “la opción



legislativa de asegurar que las mujeres dispongan de la libertad de decidir, sin obstáculos ni injerencias externas, desde los dieciséis años, edad a partir de la cual nuestro ordenamiento va ampliando las esferas en las que los menores pueden ejercitar válidamente sus derechos y realizar determinados actos jurídicos por sí mismos, siendo especialmente destacable –por su relación con la interrupción voluntaria del embarazo– la relativa a las intervenciones médicas. En este último sentido, el precepto recurrido sitúa la interrupción voluntaria del embarazo dentro del régimen general de capacidad de obrar aplicable a las personas mayores de dieciséis años en relación con las actuaciones en el ámbito sanitario, conforme al art. 9.4 de la Ley 41/2002” (FJ 6).

También el Comité de Bioética Español en sus dos informes previos a la entrada en vigor de las leyes de 2010 y 2015 había establecido su valoración sobre esta cuestión, aunque el criterio no es exactamente idéntico en aquellos. En el primero hace prevalecer la autonomía de la menor como regla, y la intervención de los padres como excepción, justificada únicamente en casos de grave riesgo. Reconoce que imponer una decisión como la de continuar o interrumpir un embarazo por parte de los padres carece de fundamento ético y jurídico, sin perjuicio de que, por supuesto nada les impida solicitar el consejo, asesoría y ayuda de los padres, sin que suponga la imposición de su decisión sobre la menor. Ya en este Informe se alentaba al fomento de la relación de confianza entre padres e hijos a través de la educación y medidas que incumben a los poderes públicos. Como



nota relevante, también se sugería el diseño de un procedimiento reforzado de información y apoyo para las menores que soliciten la interrupción del embarazo.

En el posterior Informe del Comité, cuatro años después, se insiste sin embargo en otra perspectiva, no menos desdeñable, que es la enorme responsabilidad del médico responsable de la intervención para valorar si la información a los padres podría suponer una exposición de la menor a violencia o desamparo. Es decir, se dejaba al criterio del médico la decisión sobre una cuestión para la que carecía de la competencia específica como es el valorar si informar a los representantes legales acerca del aborto de la mujer será mucho peor para ella que omitir esa información. Con la reforma de 2015 se traslada de la sede clínica a la judicial al ser el juez quien tomará la decisión en caso de conflicto³³.

³³ Comité de Bioética Español. (2009). Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/comisenso_interrupcion_embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf

Comité de Bioética Español. (2014) Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada. Derechos de la Mujer Embarazada. Recuperado de <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Anteproyecto%20LO%20Proteccion%20Concebido.pdf>



Finalmente, debemos referirnos al Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de reforma que culminó en la LO 1/2023, donde también se vislumbran las divisiones de sus miembros. Aunque se parte de la contravención a las observaciones y recomendaciones internacionales, ni la doctrina del TEDH ni el marco normativo vigente viene a reconocer a las mayores de dieciséis años cumplidos un grado de madurez y autonomía suficiente para intervenir en la vida jurídica sin necesidad de la intervención de sus representantes legales, al descender al supuesto del aborto, como intervención dentro del derecho a la vida privada y a la intimidad, y del derecho a la salud sexual y reproductiva de la menor, la mayoría de miembros reconocen un valor relativo al consentimiento de la mujer menor, introduciendo como contrapeso de mayor importancia el papel de los progenitores, obligados a desempeñar ex lege las funciones inherentes a la patria potestad, con sus implícitos deberes de orientación y consejo, incluso por imperativo del art.39.3 CE³⁴. Para que se logre el cumplimiento de estas obligaciones y de la necesaria garantía del principio de especial protección

³⁴ Consejo General del Poder Judicial. (2022). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de: [C.G.P.J | Poder Judicial | Consejo General del Poder Judicial | Actividad del CGPJ | Informes | Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo](#)



del menor, lo óptimo sería una regulación como la de 2015 que precisa de la concurrencia del consentimiento de la menor con el de sus tutores, permitiendo conciliar el alcance de la decisión de la menor, mayor de 16 años. Las eventuales situaciones de conflicto entre la voluntad de la menor y los progenitores podrían resolverse a través de un procedimiento previsto en la propia norma ante la jurisdicción civil que permitiera conciliar los intereses de aquélla y conferir relevancia a su capacidad decisoria con los deberes de los representantes legales derivados de su función tutelar³⁵.

5.- SEGUIMIENTO DEL EMBARAZO EN LA ADOLESCENTE. Desde la atención primaria a la especialización en equipos multidisciplinares, como apuesta para la salud integral.

La asistencia a los adolescentes en España se reparte tanto en Atención Primaria como especializada de forma parcelar. Los pediatras solo atienden hasta los 14 años, siendo esta edad clave en el desarrollo evolutivo. Aunque somos de la opinión que la interrupción asistencial hace perder tiempo y calidad en el tratamiento y en la relación del adolescente con el sistema de salud, la realidad es la que es, y a ella se va a enfrentar la joven con un EA. Por tanto, el acompañamiento y ayuda en Atención Primaria durante la adolescencia implica potenciar las capacidades y aptitudes de las adolescentes,

³⁵ El VP de la magistrada Espejel Jorquera a la STC 92/2024, en lo esencial, hará suyas, las consideraciones de este Informe del CGPJ.



promoviendo una adecuada gestión de los hábitos de riesgo, incluido el deseo sexual y sus conductas, facilitando la prevención de los embarazos y de las enfermedades de transmisión sexual (ETS).

El diagnóstico y acompañamiento precoz de la gestante adolescente desde la Atención Primaria por un equipo multidisciplinar de especialistas es vital para reducir, mediante controles frecuentes, la morbilidad materna y fetal. Muchos de los riesgos asociados a la gestación de madres adolescentes son prevenibles, con cuidados prenatales precoces, nutrición adecuada, supresión del consumo de tóxicos si los hubiera y cribado de ETS. Pero tan importante o más es el apoyo familiar y psicológico, para reducir resultados adversos asociados a estas gestaciones. Recientes estudios demuestran que el cerebro materno experimenta cambios anatómicos relacionados con la neuro plasticidad, desde el embarazo, estos cambios van a persistir al menos 6 años y son anatómicamente similares a los que ocurren durante la adolescencia, reforzando la idea de "matrescencia"; imaginemos por tanto estos cambios en un cerebro adolescente³⁶.

Aunque la tendencia en España es ir disminuyendo la incidencia de embarazos en madres adolescentes, estos constituyen, por su característica de no ser deseados, un

³⁶ PATERNINA-DIE, MARTINEZ GARCIA, et al., "Mothers' neuroplasticity at peripartum and childbirth.nature neuroscience", en *Nat Neurosci*, 2024 Feb;27(2):319-327, DOI: 10.1038/s41593-023-01513-2. Epub 2024 Jan 5.2024.



problema personal, familiar y social muy importante que exige medidas preventivas basadas en programas de educación sexual y de métodos de anticoncepción, así como de un control multidisciplinar y adaptado a lo que significa la adolescencia.

En este sentido, la LDSR despliega todo un arsenal de políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva, con un contenido transversal y señalando explícitamente “la atención especializada dirigida a personas en diferentes etapas del ciclo vital, *con énfasis especial en la infancia y juventud*”. Así como la formación en la educación sanitaria integral, con perspectiva de género, de derechos humanos e interseccional, sobre salud sexual y salud reproductiva. Por ello el legislador se compromete a la prestación de “Servicios de asistencia integral especializada y accesible” y, lo que es más importante, considera al adolescente como objeto específico de estos servicios, al prever que: “ Además de los servicios especializados dirigidos al conjunto de la población, las administraciones públicas establecerán *servicios adaptados y adecuados a las necesidades y demandas de la población joven*, que promuevan su participación para el desarrollo y abordaje integral de la sexualidad” y “la exigencia del fortalecimiento de la prevención y el tratamiento de las infecciones y enfermedades de transmisión sexual, con especial atención al virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y virus del papiloma humano (VPH), y *énfasis en la población joven*”. También la Ley atiende al necesario carácter multidisciplinar de los equipos, previendo “la implementación y fortalecimiento de servicios públicos de proximidad y en todos los niveles de la atención



sanitaria, especializados en salud sexual y conformados por equipos multidisciplinares” (Exposición de Motivos y nuevo art.7, fundamentalmente).

No se olvida tampoco esta norma de las necesidades formativas de los profesionales de la salud, que desde una perspectiva intersectorial deberá incluir la incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en los programas curriculares de las carreras con competencias en dichos ámbitos, las relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud y en los programas de formación continuada y la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables (nuevo art.10).

6.- MEDIDAS DE APOYO Y AYUDA A LOS PADRES ADOLESCENTES: padres, abuelos e instituciones públicas

Los padres adolescentes tienen muchos obstáculos que sortear. Es imprescindible ser consciente de los desafíos a los que nuestros hijos adolescentes se enfrentarán como padres y de la ayuda que nosotros podemos aportarles.

Convertirse en padre o madre de repente no es fácil, incluso para nosotros siendo adultos con experiencia, para un adolescente es aún más difícil porque no han terminado su desarrollo biológico, psicológico y social. El aislamiento puede ser una de sus primeras sensaciones y sentirse poco o nada preparados para la maternidad o paternidad. La ansiedad sobre el futuro hace su aparición entonces.



Es poco probable que terminen sus estudios de secundaria, bachillerato o incluso lleguen a la universidad, lo que se puede convertir en un impacto negativo para su futuro y el de sus hijos. Igualmente, la búsqueda de un trabajo que se adapte a las responsabilidades parentales será una dificultad; de hecho, los datos indican que las madres adolescentes tienden a tener trabajos más precarios, con menos ingresos o incluso en el umbral de la pobreza, si no fuera por la ayuda que muchas veces reciben de sus padres.

En cuanto a las percepciones negativas de la sociedad, todavía hoy existen estereotipos en torno a los padres adolescentes. Se tiende a ver a las madres adolescentes como sexualmente irresponsables y a los padres como no involucrados o ausentes.

Los estudios indican que ser madre adolescente puede aumentar la depresión, igual que los padres más jóvenes y se debe en parte a factores como aprender a ser padres, asumir las responsabilidades y el estrés en las relaciones familiares, o con sus amigos. El riesgo de consumo de sustancias también supone un riesgo³⁷.

³⁷ [Healthychildren.org](https://www.healthychildren.org/), "Ayudar a los padres adolescentes y a sus hijos a construir un futuro saludable".

Desarrollado por pediatras de la *American Academy of Pediatrics*, recuperado en: www.healthychildren.org/Spanish/ages-stages/teen/dating-sex

Última consulta 5-11-2024



En fin, tengamos presente que alrededor del 17% de los hijos de adolescentes son segundas o terceras gestaciones. Tener más de un hijo va a intensificar todos estos desafíos.

¿Qué papel juegan los abuelos? Pues podríamos decir que como abuelos podemos hacer muchas cosas para ayudar. Lo primero será involucrarnos en la crianza, en el cuidado de los nietos. No hay que tener miedo a intervenir y ayudar a criar a nuestros nietos, si eso funciona para la familia. Los estudios demuestran que la crianza compartida que involucra a las abuelas maternas puede tener efectos muy positivos tanto en los hijos como en los nietos. Cuanto menos conflictos, más positiva será la experiencia de crianza compartida para todos .

No importa lo que sintamos por el otro progenitor de los nietos, hay que recordar que las relaciones positivas entre padres e hijos es clave para un desarrollo infantil saludable. Por el bien del niño debemos alentar y apoyar el papel de los padres, ambos, padre y madre. Por otro lado, los estudios también nos muestran que cuando los padres se relacionan con sus hijos influyen positivamente en su desarrollo intelectual y en el bienestar mental de los mismos. Y los datos reflejan que a las madres adolescentes que se mantienen cerca de su padre biológico les va mejor en sus estudios o en su trabajo, con menos tendencia a la ansiedad y depresión y parece que protege a los niños de convertirse en padres adolescentes en un futuro.



Esta tendencia a la corresponsabilidad también es señalada en la nueva LDRS, instando a las Administraciones Públicas a promover el papel del hombre en la garantía de los derechos de la mujer, implicándolos especialmente en la prevención de embarazos no deseados y de infecciones de transmisión sexual, aunque se relegue, como a los progenitores, en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo -contradicción que resaltan también los votos particulares de la STC 92/2024-.

En todo caso, sería deseable el desarrollo de programas comunitarios y recursos específicos desde las instituciones públicas y no gubernamentales para ayudar a los padres adolescentes y a sus hijos. Aunque algunas de estas medidas ya se han implementado a efectos fiscales o de bienestar social en las Comunidades Autónomas, e incluso el recién aprobado proyecto de Ley de Familias incorpora nuevas ayudas para las madres, reconoce las diferentes situaciones familiares que existen en España, mejora la protección social de las familias y establece medidas para garantizar el derecho a conciliar la vida familiar con la laboral³⁸, pensamos que aún queda mucho por hacer y que se necesitan medidas mucho más específicas para el colectivo adolescente.

³⁸Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 - El Consejo de Ministros aprueba el proyecto de Ley de Familias (mdsocialesa2030.gob.es) Última consulta: 6-11-2024



7.- Y PARA CONCLUIR: ANDRAGOGÍA O EL ARTE DE EDUCAR. La importancia de la información y la educación como reto de futuro.

Resulta evidente que una sociedad joven educada y con una formación de calidad sobre salud, derechos sexuales y reproductivos correrá menos riesgos en sus relaciones y estará más protegida frente a situaciones como la del EA que aquí hemos analizado y otras conexas. La educación y la información deben ser una tarea compartida -que no impuesta- entre los padres y los poderes públicos, aunque a veces este equilibrio resulte discutido en algunos sectores de la sociedad. Además, debemos tener en cuenta que no todos los padres tienen la capacidad y el privilegio de educar por sí solos a sus hijos. En cualquier caso, en una sociedad digital como la actual, y dados los datos que reflejan que el joven de hoy se mueve en un mundo abierto de información -también en lo sexual-, creemos que también desde la Administración debe velarse, fundamentalmente, porque esta no llegue distorsionada y porque el tratamiento de la educación afectivo-sexual y la detección y abordaje de conductas de abuso y violencia llegue en términos correctos en las diferentes etapas educativas. Además, una información sanitaria especializada sobre anticoncepción y sexo seguro, con especial atención a la prevención de las enfermedades e infecciones de transmisión sexual y de los embarazos no deseados, puede completar la formación paterna.

La LDSR se ocupa también de trazar el camino de la educación sexual y reproductiva en un amplio capítulo de



medidas de formación, prevención, apoyo a la comunidad educativa e información.

Así, desde una concepción de la salud sexual, como parte del desarrollo integral de la personalidad, encomienda a las Administraciones educativas “la promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad, y diversidad, desde la óptica del placer, el deseo, la libertad y el respeto, con especial atención a la prevención de la violencia de género y la violencia sexual (incluida la que puede producirse en el ámbito digital)”, “el desarrollo armónico de la sexualidad en cada etapa del ciclo vital, *con especial atención a la adolescencia y juventud*”, la prevención de embarazos no deseados y la prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual³⁹. Y para ello, la norma señala el compromiso de apoyo a la comunidad educativa, “facilitando información adecuada al profesorado, madres, padres y tutores de personas menores o personas con discapacidad”.

³⁹ La alta tasa de infecciones de transmisión sexual, que se situaba a fin de 2019 en el 28,88 por cada 100.000 habitantes y la tendencia al alza observada desde el año 2004 ha de provocar una respuesta por parte de los poderes públicos. En concreto, la norma pretende el impulso de campañas periódicas destinadas a la prevención de ETS, incluyendo la prevención de las violencias sexuales y, en particular, medidas de prevención contra la transmisión intencionada de infecciones de transmisión sexual, como forma de violencia contra las mujeres (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de lo civil y penal de Andalucía (Sección de Apelación Penal), número 186/2021, de 1 de julio)



Esta también ha sido otra cuestión conflictiva que la última STC 92/2024 ha debido abordar, frente a las acusaciones de los recurrentes relativas al “adoctrinamiento” fuera del núcleo familiar que entienden se pretende imponer, en estos términos: “la ley pretende que la educación afectivo-sexual ofrezca una visión completa de la sexualidad, que aborde todos los aspectos de esta realidad. El objetivo perseguido por la normativa impugnada es exponer la sexualidad conforme a los valores de la libertad, la igualdad y el respeto, huyendo de sesgos y evitando soslayar cuestiones –en el caso que nos ocupa, el placer y el deseo– que constituyen una parte de las relaciones sexoafectivas. Con independencia de las concepciones morales y religiosas existentes acerca de la sexualidad, el inciso impugnado se refiere a aspectos que aparecen ligados íntimamente a aquella y, en cuanto que tales, pueden considerarse cuestiones susceptibles de formar parte de los contenidos de la formación en salud sexual y reproductiva, conducente a inculcar una visión saludable y completa de las relaciones sexuales”.

La STC no olvida además la realidad a la que nos hemos referido sobre el mundo digital que invade la vida de nuestros jóvenes, también desde la óptica de la sexualidad: “no puede desconocerse el contexto sociocultural presente en el que los menores de edad están expuestos, tanto voluntaria como involuntariamente, desde edades tempranas a contenidos de índole sexual a través de diversos medios y canales de comunicación; circunstancia que se ve



agravada por la proliferación de las redes sociales y el uso de las mismas. Ante esta situación, no puede merecer reproche constitucional que el legislador persiga que la educación afectivo-sexual que reciban los alumnos sea integral y aspire a dotarles de las herramientas adecuadas que les permita filtrar de manera informada y crítica los distintos contenidos a su alcance” (FJ 5).

En fin, se prevé que las Administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsen campañas de concienciación dirigidas a toda la población, que promuevan los derechos previstos en la ley, desde la corresponsabilidad en el ámbito de la anticoncepción a la promoción de los derechos reproductivos con especial énfasis en la interrupción voluntaria del embarazo, el embarazo, parto y puerperio la información y comunicación de contenidos que promuevan la concienciación, conocimiento y diagnóstico precoz de las enfermedades de la salud sexual y reproductiva y ETS.

Para terminar, queremos reflexionar brevemente sobre la Andragogía, entendida como “el arte de educar adultos”, en cuanto pueda servir para padres y docentes de adolescentes. Alexander Kapp acuñó el término en el año 1833, con referencia a la escuela de Platón; pero Malcolm Knowles es considerado el verdadero padre de la Andragogía, quien señaló en su obra “La práctica moderna de Educación del Adulto: Andragogía contra Pedagogía” la diferencia del aprendizaje de un niño y de



un adulto⁴⁰. En el niño con un proceso guiado, en el adulto como protagonista de su acto educativo en base a sus expectativas, frustraciones, realidad personal, familiar, social, etc.

El adulto que se educa es un individuo que posee gran experiencia, la cual le ha permitido avanzar por la vida de una manera responsable, siendo consciente, tomando decisiones y asumiendo responsabilidad. Como estudiante asume su responsabilidad y gestiona su propio aprendizaje, consciente de sus limitaciones, respeta y espera ser respetado igualmente, es crítico y formula sus propios planes y metas.

Analizado desde la psicología y las teorías del aprendizaje esta metodología, que se ha mostrado eficaz para los adultos, podría lograr aprendizajes significativos en estudiantes adolescentes y adultos jóvenes, de forma que permita la participación activa en su aprendizaje y alcance las competencias adecuadas de una manera sencilla y lúdica. El docente, por otro lado, orienta su aprendizaje desde el liderazgo en valores y participativo, motivando la autorrealización en concordancia con sus necesidades.

¿Podría servirnos esta disciplina para la educación sexual afectiva y para adquirir la responsabilidad necesaria en

⁴⁰ *La Andragogía, El arte de educar adultos (Una visión general)*, Documento académico.2021, Universidad Arturo Prat del Estado de Chile.



los padres adolescentes y quizá también en los padres “de” adolescentes?

BREVES CONCLUSIONES

Cuando una adolescente menor de 15 años queda embarazada, su presente y futuro cambian radicalmente. Termina abruptamente su ciclo educativo, enfrenta serios riesgos para su salud y su vida, se alteran sus relaciones sociales, se reducen significativamente sus perspectivas de inserción laboral y generación de ingresos, multiplicándose su vulnerabilidad frente a la pobreza, la exclusión, la violencia y la dependencia

Así como en la práctica está establecido que las niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas se clasifican como “alto riesgo obstétrico”, sería también necesario considerar el “alto riesgo psicosocial” y direccionar hacia servicios de adolescencia que ofrezcan una atención integral y multisectorial.

El EA es un problema de salud global, cuya trascendencia se debe a que son gestaciones no deseadas con importantes consecuencias personales, familiares, sociales y de salud y llevan asociadas una alta tasa de complicaciones durante la gestación y el parto, sobre todo en algunos países infra desarrollados.

Las parejas de la embarazada y sobre todo las familias deben jugar un papel fundamental para el bienestar y la estabilidad emotiva de la madre adolescente. Las actitudes frente a un embarazo no previsto, las decisiones con respecto a su continuidad y el patrón



psicológico y físico dependen en muchos casos del entorno de las adolescentes, por lo que debe prestarse una especial atención a los factores de riesgo no solo patológicos para dar una respuesta adecuada a la adolescente.

En la medida en que el sistema de salud, así como los de educación, justicia y organismos protectores incorporen en sus prácticas institucionales la perspectiva de género y de derechos, en particular los derechos sexuales y reproductivos, podrán ayudar a cambiar el destino de niñas y adolescentes hacia uno con un futuro mejor.

La atención de adolescentes en el sistema de salud requiere un abordaje diferenciado y específico atento a sus particularidades y necesidades. Los servicios deben partir de una concepción integral e interdisciplinaria con enfoque en el aprovechamiento de oportunidades. La garantía de confidencialidad y privacidad son elementos clave para habilitar el acercamiento y la confianza.

El ordenamiento jurídico no puede quedar al margen de los problemas que plantea el EA, tanto si es para su continuidad, como si se trata de la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, las leyes que han abordado ambas cuestiones no terminan de reflejar la situación específica de las menores de edad en este trance. La pura y mera remisión a las reglas generales del consentimiento de la LAP plantean problemas cuando del consentimiento informado y las reglas de la representatividad se aplican a una adolescente embarazada. Y ello también plantea serios dilemas e



inseguridad desde el punto de vista de la responsabilidad profesional del personal sanitario.

La LO 1/2023, de 29 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo plantea dos cuestiones tan problemáticas como polémicas: la eliminación de la entrega de información sobre recursos para madres y del período de reflexión, así como la exclusión del consentimiento del representante legal para abortar en menores mayores de 16 años. La doctrina de órganos como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial a propósito de la anterior regulación se encuentra dividida. Y lo cierto es que nuevamente la Ley no ha solventado, sobre todo para las menores embarazadas, la plenitud del derecho a la información necesario para prestar un consentimiento válidamente adoptado, poniendo de nuevo en la cuerda floja al profesional sanitario que debe ceñirse estrictamente a la información clínica sobre las posibilidades de IVE. Por otro lado, las funciones ligadas a la patria potestad, en un texto que obvia la figura de los padres, deja a la adolescente en una tesitura difícil, más por la propia fisonomía y su neurodesarrollo todavía en formación.

El legislador de 2023 no ha dudado en conceptualizar los derechos sexuales y reproductivos como derecho fundamental ligado a los derechos de las personas en el ámbito de la protección de la salud. Se trata de una norma ambiciosa que aborda desde un enfoque integral sendas dimensiones de la salud, dirige a los poderes públicos mandatos de optimización para la plena garantía



de los derechos y la autonomía de la mujer, apela a la responsabilidad institucional en el cumplimiento e implementación de los derechos consagrados; todo ello desde un sensible enfoque de género que se articula como principio de actuación junto a los principios de no discriminación intersectorial o múltiple.

En fin, un aspecto relevante de la nueva Ley lo constituye el dedicado a la formación de los profesionales sanitarios, el ámbito de la educación y la formación como parte del desarrollo integral de la personalidad también en el ámbito de la educación sexual, sin olvidar los mecanismos de prevención en general y de protección de las violencias sexuales.

BIBLIOGRAFÍA:

AAVV. *La Andragogía, El arte de educar adultos (Una visión general)*, Documento académico. Universidad Arturo Prat del Estado de Chile, 2021.

ANDRÉS DOMINGO, P., "Embarazo de la adolescente. Problemas, maternidad, aspectos legales", en Dir. M.I. Hidalgo, I. Rodríguez, M.T.Calvo, *Medicina de la Adolescencia. Atención integral*, Capítulo 142, 3ª ed., Ergón, 2021.

BRAVO VARA, A. , "Análisis de la LO 1/2023 por la que se modifica el régimen jurídico del aborto en España (LO 2/2010) desde la perspectiva del derecho comparado", Trabajo dirigido por MONTALVO, F., en Repositorio Comillas, en línea en



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/624520/retrieve>

DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, F., "Derechos de los menores en el ámbito del tratamiento psiquiátrico", en línea en https://www.cursopsiquiatriasema.com/wp-content/uploads/2020/06/553-554_Anexo1-Caso22.pdf.

DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, F, RODRÍGUEZ MOLINERO, L. "Consentimiento informado y aspectos legales en la atención al adolescente", en línea en <https://www.pediatriaintegral.es/publicacion-2022-07/consentimiento-informado-y-aspectos-legales-en-la-atencion-al-adolescente/>

DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, *Menores de edad y consentimiento informado*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

GARRIDO CUENCA, N., "Seguridad de pacientes y salud mental en la infancia y la adolescencia: apuntes desde el derecho sanitario para una revisión del consentimiento informado, los internamientos y tratamientos involuntarios y la respuesta a las conductas autolíticas", *Revista Derecho y Salud*, vol.33, Extraordinario – 2023, en línea en <https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-33-extraordinario-2023/seguridad-pacientes-y-salud-mental-la>

GARRIDO CUENCA, N., "Hacia una construcción del derecho a la salud como contenido del derecho fundamental a una vida digna y de calidad: el 'mínimo vital' como límite de la sostenibilidad económica", en



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Libro Homenaje al profesor Barranco Vela, Vol.II, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2014.

MADRID, J, HERNÁNDEZ, GENTILE, L., CEVALLOS, L., "Embarazos y maternidad adolescente desde una perspectiva cualitativa en ciencias sociales", *Adolescere*, 2019, VII (1), 39-47

MARTINEZ-GUISASOLA, J., GUERRERO, M. "Embarazo y maternidad en adolescentes", en *Pediatría Integral* 2022; XXVI (5): 289-299

MIJANCOS GURRUCHAGA, L.M., "Un comentario sobre la ley del aborto o interrupción voluntaria del embarazo de 2010 y su modificación de 2023", en Familia: Revista de ciencias y orientación familiar, Nº 61, 2023, págs. 43-65, en línea en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9077365>

PALOMINO PÉREZ, L.M., PÉREZ SUÁREZ, E., CABRERO HERNÁNDEZ, M, DE LA CRUZ BENITO, A., CAÑEDO, G., "Embarazo en adolescentes en los últimos 11 años. Motivos de consulta y factores de riesgo", en *Anales de Pediatría*, Vol. 89. Núm. 2. Pp.121-122, Agosto 2018, DOI: [10.1016/j.anpedi.2017.11.001](https://doi.org/10.1016/j.anpedi.2017.11.001)

PATERNINA-DIE, MARTINEZ GARCIA, et al., "Mothers' neuroplasticity at peripartum and childbirth.nature neuroscience", en *Nat Neurosci*, 2024 Feb;27(2):319-327, DOI: [10.1038/s41593-023-01513-2](https://doi.org/10.1038/s41593-023-01513-2). Epub 2024 Jan 5.2024.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

TORRES DÍAZ, M.C., "Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.11, junio 2023, pp.156-161

DOCUMENTOS DE INTERÉS:

Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.html

Encuesta DAPHNE, en "Manual sobre Prevención de Embarazos no Intencionados, de Infecciones de Transmisión Sexual y VIH/SIDA", en línea en [Manual sobre Prevención de Embarazos No Deseados, Infecciones de Transmisión Sexual \(ITS\) y Virus de Inmunodeficiencia Humana \(VIH\) \(sanidad.gob.es\)](#)

Healthychildren.org, "Ayudar a los padres adolescentes y a sus hijos a construir un futuro saludable". Desarrollado por pediatras de la *American Academy of Pediatrics*, recuperado en: www.healthychildren.org/Spanish/ages-stages/teen/dating-sex

[Menores y aborto sin permiso parterno: opinión de los españoles según ideología política | Statista](#)

[El aborto en España - Datos estadísticos | Statista.](#)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

La Moncloa. 28/09/2023. El número de interrupciones voluntarias del embarazo aumentó un 9% en 2022 [Prensa/Actualidad/Sanidad].

Organización Mundial de la Salud. Desarrollo en la adolescencia [Internet]. WHO. Disponible en https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/ [Links]

Organización Mundial de la Salud. Adolescentes: riesgos para la salud y soluciones [Internet]. WHO. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/adolescents-health-risks-and-solutions> [Links]

Organización Mundial de la Salud, *Embarazo en la Adolescencia* . 15 Sept. 2022, recuperado en: www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-pregnancy

Organización Panamericana de la Salud. América Latina y el Caribe tienen la segunda tasa más alta de embarazo adolescente en el mundo. Disponible en https://www.paho.org/per/index.php?option=com_content&view=article&id=3983:embarazo-adolescente-al&Itemid=0 [Links]

Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. ProSego. Embarazo en la Adolescencia. Madrid: SEGO 2013.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Disponible

en: [https://www.sego.es/gapSEGO/Guias de Asistencia Práctica#perinatal](https://www.sego.es/gapSEGO/Guias_de_Asistencia_Practica#perinatal)

[Instituto Nacional de Estadística. \(National Statistics Institute\) \(ine.es\)](https://ine.es): datos sobre IVE, última actualización 2022/2023

Informe IVE Gobierno de España, con los datos actualizados a 2023, en [280923-interrupcion-voluntaria-embarazo-2022.pdf](#) (lamoncloa.gob.es)

[Instituto de Política Familiar \(IPF\), informe "El aborto en España 2023" Informe del Aborto en España 2019 del Instituto de Política Familiar \(IPF\) - Iglesia Española - COPE](#)

[UNAF, Unión de Asociación Familiares, UNAF denuncia la vulneración de derechos sexuales y reproductivos que sufren las mujeres migrantes y reivindica su acceso con la campaña "Tú importas" | UNAF, diciembre 2022.](#)

[Consejo General del Poder Judicial. \(2022\). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de: C.G.P.J | Poder Judicial | Consejo General del Poder Judicial | Actividad del CGPJ | Informes | Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo](#)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Comité de Bioética Español. (2009). Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/consenso_interrupcion_embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf





«SOFT LAW» O LAS REGLAS DE BOXEO DEL MARQUÉS DE QUEENSBERRY

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Doctor en Derecho. Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG) de la Universidad de Salamanca (USAL)
ORCID iD: 0009-0004-6395-532X

«La historia no se repite, pero rima». Levitsky, S. y Zibblatt, D., 2018, en «Cómo mueren las democracias», Universidad de Harvard, Ariel, p.19

Resumen: Las conocidas «reglas del marqués de Queensberry» son un conjunto de reglas que gozan de una aceptación general y que suponen un código de normas para la buena práctica del boxeo. Recibieron ese nombre porque el noble escocés John Sholto Douglas (1844 - 1900), IX Marqués de Queensberry, fue quien las respaldó públicamente. En la cultura popular, este término se utiliza ocasionalmente para referirse a una cierta sensación de juego limpio. Esa misma sensación quiere apuntar este breve comentario de investigación, en relación con las regulaciones blandas, verdes o flexibles («soft law»).



Abstract¹: The renowned «Marquess of Queensberry Rules» are set of rules that are generally accepted and entail a Code of rules for good boxing practice. They were so named because the Scottish nobleman John Sholto Douglas (1844 - 1900), 9th Marquess of Queensberry, who publicly endorsed them. In popular culture, this term is occasionally used to refer to a certain sensation of fair play. That same sensation wants to point this brief research comment, concerning soft, green or flexible regulations («soft law»).

Palabras clave: Código ético. Compliance público. Derecho blando

Key words: Code of ethics. Public compliance. Soft law

Sumario: I.- Aproximación: de las buenas costumbres. II.- Planteamiento: de las buenas prácticas. III.- De las normas laxas, blandas, verdes, flexibles. IV.- Comentario: del soft law. V.- Conclusión: del esencial elemento crítico. VI.- Consultas.

I. APROXIMACIÓN: DE LAS BUENAS COSTUMBRES.

La costumbre, en la mirada jurídica, es repetición de actos uniformes que conforman una «tradición» con relevancia jurídica. De tal modo, el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el vigente Código Civil español, dice en su artículo 1.º, apartado 3, que la

¹ Adaptation by Carmen Larrea



costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Y de ética, de «moral» y juego limpio, trata ciertamente este breve comentario concernido al ámbito de lo público.

«Ética» procede de la palabra griega *ethos*, que significa costumbre o carácter, siendo una de las principales fuerzas que mueven al ser humano a obrar. «Moral», deriva del término latino *mores*, cuyo significado es, sin embargo y también, «costumbres», siendo la función de la moral orientar la conducta de los seres humanos de modo que su vida en común –su convivencia, en paz– resulte posible, evitando, así, el daño a los demás y también hacia uno mismo. Dejen, por favor, que me explique.

Cuando se valora el talento artístico, como cuando se valora la acción de gobierno, uno siempre debiera poder albergar, simultáneas en la mente, dos realidades de tal: El arquitecto pudo ser así un excepcional artista, pero sin embargo un mal ser humano. Y una realidad no invalidará, ni tiene por qué afectar a la otra.

Del mismo modo y forma, al igual que en arquitectura lo primero que se exige de una pared es que aguante en pie como soporte de lo construido y, si aguanta, diremos que es una buena pared, esto será independiente de la función que aquella, sin embargo, cumple.

Así, hasta la mejor pared del mundo merece ser derruida si rodea un campo de concentración.



En política, de igual forma, las «reglas no escritas» o de tradición y/o traídas de las buenas costumbres, tienen o han tenido relevancia.

Para entender cómo funcionan pensemos, por ejemplo, en un partido informal entre amigos, de baloncesto. El básquet callejero no se rige por las reglas establecidas por la NBA, la NCAA, la ACB, o por ni ninguna otra Liga. Y –además– en aquél, no actúan árbitros que velen por el cumplimiento del reglamento. Así, tan sólo una «conciencia compartida» de lo que es y no es aceptable (ético, «moral»), evita que tales encuentros deportivos informales acaben derivando en el caos.²

Por descontado, me opondrán los lectores que la administración o la política no son un partido de baloncesto callejero informal, ni mucho menos entre amigos, pero permítanme, por favor, localizar alguna buena práctica a este concreto respecto.³

II. PLANTEAMIENTO: DE LAS BUENAS PRÁCTICAS.

Keith E. Whittington (1968, EE. UU.), escritor y experto en derecho político de la Universidad de Princeton, nos recuerda, entre otras cuestiones de interés, por

² Levitsky, S. y Ziblatt, D., 2018, *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Ciudad de México, p. 121

³ Se recomienda visionado de Lapuente V., *Cuántas más leyes tenemos, podemos tener menos ética*.

Programa Salvados de Jordi Évole -
<https://youtu.be/R6KvEx2nA8g?si=uTyvTg176NYz8jpu>



supuesto; que la elección del premier o primer ministro británico no ha dejado de ser, al fin y al cabo, «un asunto de prerrogativa real». Formalmente, continúa, la Corona «podría escoger a cualquiera para que ocupara tal cargo y formara gobierno». ⁴

En la práctica, sin embargo, el premier es un miembro del Parlamento capaz de obtener una mayoría en la Cámara de los Comunes. Normalmente, suele ser la cabeza del partido con mayor representación parlamentaria.⁵ En la actualidad, así de tal modo, damos plenamente por sentado este sistema; pero durante siglos la Corona Británica lo «acató» de manera voluntaria.

Y, hoy en día, sigue sin haber una norma constitucional, por escrito, relativa a este tan concreto y tan crucial asunto de la buena práctica.

Otro ejemplo paradigmático pueda ser el concerniente a los límites de los mandatos presidenciales en los EE. UU. Durante gran parte de la historia de los Estados Unidos de América, el límite de dos mandatos no era una ley positiva en efecto, sino lo que mejor podría denominarse aquí, una «norma de contención» práctica.⁶ Antes de

⁴ Whittington, K. E., 2013, *The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States*, p. 107

⁵ Levitsky, S. y Ziblatt, D., 2018, p. 128

⁶ Vid. Azari, Julia R.; Smith, Jennifer K., *Unwritten Rules: Informal Institutions in Established Democracies*. *Perspectives on Politics* 10, nº 1, marzo de 2012; y vid. también



ratificarse la Vigésimosegunda Enmienda en el año 1951, la Constitución de los Estados Unidos, en efecto, no dictaba que los presidentes tuvieran que abandonar dicho cargo tras dos mandatos; pero la retirada del primer presidente de Estados Unidos entre 1789 y 1797, George Washington, tras cumplir con un doble mandato presidencial, asentó el tan relevante precedente y «costumbre». Así, tal y como observó Thomas Jefferson, el primer presidente en funciones de los EE. UU. que acató esta norma no escrita:⁷

«Si la Constitución, o la práctica, no impusieran una fecha de caducidad a los servicios del presidente, cuyo mandato se prolonga durante cuatro años, éste se convertiría en un cargo de por vida [...]

No seré yo la persona que, desatendiendo el racional precedente establecido por un ilustre predecesor, proporcione el primer ejemplo de postergación más allá de un segundo mandato».

Y de tal modo una vez fue establecido, este límite «informal» de dos mandatos demostró ser asombrosamente robusto. Así, incluso presidentes estadounidenses tan sumamente ambiciosos y populares como Jefferson, Andrew Jackson y Ulises S. Grant, se

Whittington, K., *The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States*, pp. 109-112

⁷ Vid. Carta de Thomas Jefferson leída ante la Asamblea Legislativa Estatal de Vermont, 10 de diciembre de 1807, cit. por Neale, Thomas H. *Presidential Terms and Tenure: Perspectives and Proposals for Change*. Washington, DC: Congressional Research Service, 2004, p.5



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

refrenaron de desafiarlo.⁸ Y cuando algunas amistades de U.S. Grant lo alentaron a presentarse por tercera vez, la Cámara de Representantes del Gobierno Federal aprobó una resolución que así declaraba, sencillamente, lo siguiente:⁹

«El precedente establecido por Washington y otros presidentes [...] al retirarse del puesto tras su segundo mandato ha pasado a formar parte de nuestro sistema republicano. Cualquier distanciamiento de esta tradición consagrada sería poco inteligente, poco patriótico, y representaría un peligro para la libertad de nuestras instituciones».

En la misma línea, añaden Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018), el Partido Demócrata se negó a nominar a Grover Cleveland para un tercer mandato no consecutivo en el año 1892, advirtiendo que tal candidatura infringía una «ley no escrita», entre nosotros, una buena costumbre.¹⁰

Del mismo modo, cuando Theodore Roosevelt intentó postularse para un tercer mandato en 1912, no obtuvo apoyo en el Partido Republicano y, al presentar una candidatura independiente, recibió hasta un disparo

⁸ Vid. op. cit. Levitsky, S. y Ziblatt, D., (2018), p. 129

⁹ Vid. Peabody, Bruce (2004) George Washington, Presidential Term Limits, and the Problem of Reluctant Political Leadership, *Presidential Studies Quarterly* 31, n.º 3, p. 402

¹⁰ Whittington, K. E., 2013, p. 110



durante un discurso de manos de un hombre que aseguraba defender «el límite de los dos mandatos». ¹¹ Sólo la reelección del presidente Franklin D. Roosevelt en el año 1940 vulneró, de una manera clara y directa, dicha «ley no escrita»; vulneración que desencadenó la aprobación de la famosa Vigésimosegunda enmienda de la Constitución de los EE. UU. ¹² Y aunque Roosevelt hizo añicos la «ley no escrita» ¹³ que limitaba la presidencia a dos mandatos, el apoyo a esta vieja norma consuetudinaria era tan arraigado que en 1947, transcurridos menos de dos años desde su deceso, una coalición bipartidista en el Congreso de los EE. UU. aprobó la enmienda que la consagraba en la Constitución. Durante la era de F. D. Roosevelt se pusieron a prueba los guardarraíles, pero éstos se mantuvieron firmes. ¹⁴

III. DE LAS NORMAS LAXAS, BLANDAS, VERDES, FLEXIBLES.

Ya en nuestro viejo continente europeo la doctrina alemana ha venido distinguiendo claramente entre «formas no rígidas de gobernación» (*weiche*

¹¹ Vid. Elkins; Ginsburg; Melton, (2009) en *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, p. 47

¹² Azari, Julia R.; Smith, Jennifer K., *Unwritten Rules: Informal Institutions in Established Democracies*, p. 44

¹³ Vid. op. cit. Levitsky, S. y Ziblatt, D., (2018), p. 162

¹⁴ Levitsky, S. y Ziblatt, D., 2018, *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Ciudad de México, p. 162



Steuerungsformen), entre las que se incluirían los actos atípicos; y los actos jurídicos formales («*formelle Rechtshandlungen*») que comprenderían, por ejemplo, las recomendaciones y/o los dictámenes del Derecho Comunitario.

El *soft law*, del Derecho anglosajón, quedará definido así, como reglas de conducta que, por principio, no tienen una fuerza jurídica vinculante pero que, no obstante, pueden tener efectos prácticos del todo relevantes.

El comentario es de Francis Suyden, con referencia al estudio de Da Silva Ochoa (2012) «Tribunales nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea», en Noticias de la Unión Europea n.º 324.¹⁵

El término *soft law* es, así, acuñado por el jurista británico Lord McNair (1885 – 1975) y, pese a sus diversas interpretaciones,¹⁶ bien pueda comprenderse -entenderse- como relativo a un derecho laxo, verde, blando o flexible, caracterizado, en todo caso, por identificarse como un conjunto de instrumentos emanados de organismos u organizaciones internacionales dotadas de «autoridad» y que, careciendo de eficacia vinculante y de un sistema coercitivo sancionador, puede revestir diferentes manifestaciones y formas tales como recomendaciones, principios, consejos, declaraciones o pautas reguladoras que no dejan de ser, al fin y al cabo, una trasposición de costumbres y de buenas prácticas que gozan de arraigo.

¹⁵ Vid. pp. 73 y ss.

¹⁶ La incidencia del *soft law* en la expansión del derecho penal. Acts. Protocolo I (2021), p. 211 - 234.



Según Escudero Alday, el *soft law* es una fórmula de producción normativa que se coloca del lado de las formas tradicionales de regulación jurídica y que, en este momento inicial, puede caracterizarse a través de las siguientes notas: responde a un esquema de consejo y/o recomendación; y propone, y no impone, la realización de conductas.¹⁷

Ricardo Alonso García lo denomina «actos vinculantes atípicos».¹⁸ Por su parte, D. E. Sarmiento Ramírez-Escudero expone que el *soft law* «es una fuente del Derecho cuya base ontológica está basada en un mandato de optimización. Se trata -añade- de un sector del ordenamiento que exige de sus destinatarios un cumplimiento en grado, sea cual sea su manifestación. El reverso de esta moneda lo encontramos en el «*hard law*», cuya base ontológica no se caracteriza por exigir mandatos de optimización, sino mandatos taxativos» [dígase también entre nosotros, Derecho positivo puro y duro].¹⁹

Igualmente, el «*soft law*» se identifica con la ausencia formal de un sistema sancionador y/o de una autoridad que lo exija.²⁰

¹⁷ Escudero Alday, R., (2012), El concepto de *soft law*, en J. J. Moreso, Contribuciones a la Filosofía del Derecho (pp. 127 - 148), Madrid: Marcial Pons.

¹⁸ Vid. El *soft law* comunitario, en RAP n.º 154 (2001)

¹⁹ La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*, en Cuadernos de Derecho Público n.º 28 (2006)

²⁰ Se recomienda al respecto el visionado de Por qué NO debemos obedecer (siempre) a la autoridad - Dra. Ana



Por efecto, si atendemos a la literalidad de tales instrumentos en el ámbito del Derecho internacional público, en todos ellos no hallaremos establecido un sistema sancionador *strictu sensu*. De ahí que se diga que, formalmente, carecen del mismo. Con todo, si nos situamos en un ámbito más práctico, podremos también apreciar que, en realidad, sí están dotados de un cierto sistema sancionador por cuanto el no respeto por parte de los Estados del contenido establecido en los mismos supone la imposición de sanciones de un «rango honorífico» basadas, cuanto menos, en un cierto descrédito internacional y/o en el señalamiento público (vid., un poco a este respecto, lo dicho en el epígrafe precedente en relación a la vulneración del número de mandatos presidenciales, en EE. UU., antes de su positivización en el Derecho constitucional).

De esta opinión es también I. Ibáñez García, (2018), cuando sostiene que: «se trata de normas a las que les falta uno de los elementos [esenciales] del concepto de norma jurídica, es decir, el efecto o consecuencia jurídica, que también se le suele llamar sanción [y] qué ocurre si no se cumple la proposición que determina lo que debe de hacerse en una situación concreta; lo que ordena la norma». ²¹

Estas normas «blandas, laxas, verdes o flexibles», vienen a recuperar para el ámbito de lo jurídico, la

Minecan

<https://youtu.be/g5YqftywReo?si=IP1UByZZMLHoNH0e>

²¹ Ibáñez García, I., (2018), Notas sobre el *soft law*. Actualidad Administrativa n.º 8



característica básica de las normas sociales, derivadas de la costumbre, de las buenas prácticas; dotadas de una sanción tácita que solo supone, en mayor o menor medida, una suerte de descrédito o pérdida de «consideración pública», según también sostiene el ante citado Ibáñez García (2018).

IV. COMENTARIO: DEL SOFT LAW.

En esta línea, sostenida a lo largo y ancho del presente comentario, los instrumentos de *soft law* se caracterizan por resultar en dichos actos atípicos, procediendo añadir que los mismos también están presentes en el Derecho público español a través de sus distintas fórmulas y categorías siendo así el caso también de las circulares, las instrucciones o las cartas de servicios.²²

Los mecanismos de *soft law*, por último, de aseguramiento preventivo de cumplimiento normativo (a veces «cumplimiento y miento») y de promoción de los comportamientos íntegros (códigos éticos y de conducta), se han venido aplicando de forma muy limitada y, en todo caso, descoordinada y sin una visión sistémica. Autores como J. L. Tesoro consideran, en efecto, que la implementación de un código de conducta contradice la misma noción de ética, puesto que implica considerar a ésta una forma de imposición heterónoma de reglas y principios sin tener en cuenta la autonomía

²² Sarmiento, D. (2006). La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*. Cuadernos de Derecho público, n.º 28, pp. 221 - 226



de las personas como agentes morales.²³ Por dicha razón, señala el citado autor, aun cuando un código ético fuera el resultado consensuado de la deliberación entre representantes de instituciones gubernamentales y no gubernamentales, empresariales, académicas o civiles y fuera, posteriormente, promulgado desde la autoridad competente, no estaríamos hablando de ética sino, de nuevo, de Derecho.

Con frecuencia se discute, por tanto, acerca de cuál puede ser la real utilidad de los códigos éticos («*soft law*») en el ámbito particular del Sector público, pues siempre puede indicarse que los empleados públicos tienen su código de conducta en la ley y que todo lo demás es accesorio. A dicho respecto, quepa sin embargo argumentar, siguiendo a Nieto Martín y García Moreno (2020) que, tratándose de la Administración, la función de los códigos de conducta consiste, precisamente, en concretar los principios recogidos por la ley al ámbito de actuación de cada empleado público y así acotar, de acuerdo con los mismos, los márgenes de discrecionalidad que deja cualquier disposición normativa a las buenas prácticas.²⁴

La aprobación de códigos éticos es un signo de autorresponsabilidad y de «madurez» de las

²³ Tesoro, J.L. (2001), Los Códigos de conducta en la función pública: fortalezas y debilidades. Revista Probidad núm. 10.

²⁴ Nieto Martín, A. y García Moreno, B., (Coord.), Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha, ed. Instituto de Derecho Penal europeo e internacional, 2020, p. 35



instituciones, que va más allá de cumplir con las obligaciones legales.²⁵ A tal modo, la provisión de un código ético y de conducta supone un instrumento de autorregulación, parte de un sistema o marco de integridad pública, así como un elemento de un Plan de Medidas Antifraude en el marco de la gestión de los fondos europeos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en España.²⁶

Por consecuencia, este instrumento aspira a elevar los estándares de integridad y de «excelencia» en la actuación de los servidores públicos, más allá del estricto cumplimiento de las normas; promoviendo buenas prácticas y consolidando, asimismo, buenas costumbres arraigadas.²⁷

Estos instrumentos no tratarán, por tanto, de establecer una serie de meras reglas formales, sino que afectarán

25 López Donaire, B., Los códigos de conducta en el marco de integridad, en la op. colectiva La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al Sector público. Coord. Gimeno Beviá, J. y López Donaire, B., (2022), Tirant lo Blanch, Valencia. Primera ed., p. 440

26 Resolución de fecha 30/05/2022 del Subsecretario de Política Territorial, por la que se aprueba el Código Ético y de Conducta del Ministerio de Política Territorial (Gobierno de España)

27 *vid.* Jiménez Vacas, J. J. y Larrea Hernández-Tejero, C. (2022). Códigos éticos y de conducta pública. Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha Nº. 31, pp. 213–262



a la construcción misma de estas prácticas éticas.²⁸ Más allá de la reflexión objetiva, buscan ofrecer pautas concretas con capacidad de trascender a la estructura cultural de la propia institución. Como afirmara J.J. Winckelmann en sus estudios, son muchos los que han llegado a imaginarse una infinidad de bellezas, pero en lugar de mostrarlas han hablado de ellas en abstracto; se debe pasar de lo ideal a lo sensible, de lo general a lo particular.

Estos instrumentos de carácter medial, o Códigos éticos de conducta, buscan, por efecto, el establecer una serie de «criterios de actuación» que deba tener en cuenta el servidor público y que le ayudarán, en su fuero interno, a llevar a efecto sus funciones asignadas con el fin de lograr un bien para la comunidad poseyendo, dichos instrumentos, dos características esenciales inherentes: son documentos sin valor normativo; pero tienen un cualificado componente «educativo» en tanto que representan un conjunto de valores para que las personas –los citados servidores públicos- asimilen. Van más allá, por tanto, de la sola norma, suponiendo implicarse en la vida de las personas –en tanto profesionales-, en sus creencias, y en las costumbres y las prácticas que dan origen a su «conducta» como servidores públicos.

V. CONCLUSIÓN: DEL ESENCIAL ELEMENTO CRÍTICO.

27 Jiménez Vacas, J. J., (2023), *Ética pública y gobernanza*, Editorial Dextra, Madrid p. 94 y ss.



«Las cosas pequeñas, tratadas con delicadeza y cuidadas con esmero destilan la magia necesaria para hacer de la vida un camino de enseñanzas compartidas». Gracias a enseñanzas como ésta, el Mago Merlín logró que el mítico Rey Arturo gobernase Camelot con un robusto y arraigado sentido de la Justicia, la buena costumbre y práctica.²⁹

Anunciaba Günther Anders en los años cincuenta del pasado siglo XX, así, entre ensayos sobre la obsolescencia del hombre, que el ser humano, definitivamente se había hecho pequeño. Pequeño ya no ante la inmensidad del mundo o bajo los cielos infinitos, sino respecto de la consecuencia de su propia acción.

Apuntaba el citado filósofo e intelectual germano-austríaco, de origen judío, a la intuición de que la acción humana, tanto individual cuanto colectiva, ya no se encontraba a la altura de la complejidad que ella misma generaba y bajo la cual debía desarrollarse. Pareciera, de tal forma, que el ser humano hubiera perdido la capacidad de dirección de la acción del mundo y de ser, en consecuencia, el timonel de la historia hallando un problema «de escala» en el espacio y en el tiempo que le situara en la encrucijada de saberse pequeño, por un lado, pero disponiendo de un poder desmesurado, como el Rey Arturo, sin embargo, por el otro.

²⁹ Cortés de Abajo, E., prólogo a Lorenzo Rodríguez-Armas, M., (2024), La asesoría parlamentaria, de la teoría a la práctica, Ed. Dextra, Madrid, p.11



Hoy tenemos pocas restricciones de acceso al conocimiento técnico y humanístico; pero, sin embargo, sí disponemos de muchos mecanismos de neutralización de la buena y sana crítica.

Entre otros quepa destacar, siguiendo a Marina Garcés, los siguientes cuatro:³⁰ La saturación de la atención, su segmentación, la estandarización del lenguaje y la hegemonía del «solucionismo» como ideología que legitima las aspiraciones de abordar cualquier situación social compleja a partir de unos problemas de definición clara (normativa) y de soluciones definitivas.

En la «utopía solucionista», sin embargo, no se trata de aumentar la potencia productiva de conocimiento para ampliar las capacidades humanas y, de lo que realmente se trata, es de delegar la inteligencia misma: Así, por buen ejemplo, la «inteligencia artificial» entendida de tal modo, aparece también como una inteligencia delegada. Afirmaban los viejos enciclopedistas en la entrada «crítica» de la *Encyclopédie Française* que la «credulidad» es la suerte de los ignorantes; la incredulidad decidida, la de los medios sabios y la duda metódica, la de los sabios.

Las ciencias humanas o del espíritu, cuando tomaron forma como el ámbito de elaboración del sentido de la experiencia humana de los siglos XVIII y XIX, a través del pensamiento y las propuestas de Kant, Dilthey y Hegel, hicieron de la historia su escenario y, por tanto, del tiempo histórico su vector.

³⁰ Garcés, M. (2017), Nueva ilustración radical, Anagrama, S.A., Barcelona, p.49



Kant fue el gran ideólogo, así, de esta narración, cuando dijo en *¿Qué es la Ilustración?*, que no estamos ya en tiempos ilustrados sino en tiempos de ilustración. Así, la ilustración no era ya un estado, sino una tarea que se sustenta –y hoy más que en otras etapas de la humanidad– sobre la necesidad del espíritu crítico, de buenas prácticas y de buenas costumbres, en la vida y, como no, en el desarrollo de nuestras conductas profesionales.

Nicolás Maquiavelo, quizá, no lo hubiera precisado mejor, cuando en sus «Discursos sobre la primera década de Tito Livio» expresara, de un modo bien conciso, esta dialéctica entre la «Justicia» del ordenamiento de la sociedad y de las personas que componen esa sociedad, cuando escribiera, inspirando todo lo anterior, que:

«Las buenas costumbres necesitan de las Leyes para mantenerse, las Leyes para observarse necesitan también de las buenas costumbres.»

VI. CONSULTAS.

Alonso García, R., (2001), El soft law comunitario, RAP n.º 154.

Azari, Julia R.; Smith, Jennifer K., (2012), Unwritten Rules: Informal Institutions in Established Democracies. *Perspectives on Politics* 10, n.º 1.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Cortés de Abajo, E., prólogo a Lorenzo Rodríguez-Armas, M., (2024), *La asesoría parlamentaria, de la teoría a la práctica*, Dextra, Madrid.

Da Silva Ochoa, (2012), *Tribunales nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Noticias de la Unión Europea n.º 324.

Elkins; Ginsburg; Melton, (2009), *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press.

Escudero Alday, R., (2012), *El concepto de soft law*, en J. J. Moreso, *Contribuciones a la Filosofía del Derecho* (pp. 127 - 148), Marcial Pons, Madrid.
Garcés, M., (2017), *Nueva ilustración radical*, Anagrama, S.A., Barcelona.

Ibáñez García, I., (2018), *Notas sobre el soft law*. *Actualidad Administrativa* n.º 8.

Jiménez Vacas, J. J. y Larrea Hernández-Tejero, C. (2022). *Códigos éticos y de conducta pública*. GABILEX, *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* n.º 31, pp. 213 - 262.

Jiménez Vacas, J. J., (2023), *Ética pública y gobernanza*, Dextra, Madrid.

Lapiente V., *Cuántas más leyes tenemos, podemos tener menos ética*, Programa Salvados de Jordi Évole, video.
<https://youtu.be/R6KvEx2nA8g?si=uTyvTg176NYz8jpu>



Levitsky, S. y Ziblatt, D., (2018), *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Ciudad de México.

López Donaire, B., *Los códigos de conducta en el marco de integridad, op. colectiva La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al Sector público*. (Coord.) Gimeno Beviá, J. y López Donaire, B., (2022), Tirant lo Blanch, Valencia.

Minecan, A., *Por qué NO debemos obedecer (siempre) a la autoridad*. Video. -
<https://youtu.be/g5YqftywReo?si=IP1UByZZMLHoNHOe>

Neale, Thomas H., (2004), *Presidential Terms and Tenure: Perspectives and Proposals for Change*. Washington, DC: Congressional Research Service.

Nieto Martín, A. y García Moreno, B., (2020), *Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha*, Instituto de Derecho Penal europeo e internacional.

Peabody, Bruce (2004), *George Washington, Presidential Term Limits, and the Problem of Reluctant Political Leadership*, *Presidential Studies Quarterly* 31, n.º 3.
 Resolución 30/05/2022 del Subsecretario de Política Territorial, por la que se aprueba el Código Ético y de Conducta del Ministerio de Política Territorial (Gobierno de España)

Sarmiento Ramírez-Escudero, E.D., (2006), *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*, *Cuadernos de Derecho Público* n.º 28.



Tesoro, J. L., (2001), Los Códigos de conducta en la función pública: fortalezas y debilidades, Revista Probidad n.º 10.

Whittington, K., (2013), The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States.



**PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.
ALGUNOS PROBLEMAS
INTERPRETATIVOS EN RELACIÓN CON
SU ÁMBITO MATERIAL DE
APLICACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE
ASESINATO HIPERAGRAVADO**

D^a Miriam Carralero Valera

Abogada ejerciente ICA Cuenca
Máster Universitario de Acceso a la Abogacía
Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de
Género

Sumario:

1.INTRODUCCIÓN

1.1. La prisión permanente revisable. Un debate no concluido

1.2. Planteamiento y metodología

2. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

2.1. El asesinato hiperagravado

2.2. La muerte del Rey o Reina del Estado español o su heredero

2.3. La muerte por atentado terrorista



- 2.4. muerte de Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida
- 2.5. Los delitos de genocidio y lesa humanidad
- 3. ALGUNOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS Y CONCURSALES DEL ASESINATO HIPERAGRAVADO
 - 3.1. Asesinato subsiguiente a delito contra la libertad sexual
 - 3.2. Asesinato cometido por miembro de grupo u organización criminal
 - 3.3. El asesinato de más de dos personas
- 4. ESPECIAL ATENCIÓN AL ASESINATO SOBRE VÍCTIMA MENOR DE DIECISÉIS AÑOS O ESPECIALMENTE VULNERABLE POR RAZÓN DE SU EDAD, ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD
 - 4.1. El concepto de alevosía
 - 4.2. La delimitación del asesinato hiperagravado del concepto de alevosía. ¿Un supuesto de non bis in ídem?
 - 4.2.1. La solución dada por el Tribunal Supremo. La STS núm. 700/2018, de 9 de enero.
 - 4.2.2. La posición del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
- 5. CONCLUSIONES
- 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La prisión permanente revisable. Un debate no concluido

Desde que el Código Penal español fuera aprobado, su articulado ha sido objeto de más de una treintena de reformas. Ilustradoras resultan las palabras de SUÁREZ GONZÁLEZ, quien afirma que “el viejo axioma de que



cada período constituyente trae consigo, irremediablemente, un nuevo código penal bajo el brazo ha dado paso al aserto de que cada ministro de Justicia trae consigo una reforma penal en la cartera”¹. De entre todas ellas, sin ninguna duda la más polémica ha sido la operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de ese mismo año.

La reforma de 2015, que fue aprobada en las Cortes Generales con el único apoyo del Partido Popular, supuso un incremento del punitivismo del sistema penal y penitenciario que, si bien ya se venía dejando sentir en las modificaciones anteriores², es con esta Ley que

¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J.: “La reforma del Código Penal”, en Diario El Mundo, 12 de marzo de 2020. Disponible en: La reforma del Código Penal | Opinión (elmundo.es) (última vez consultado el 07/04/2022).

² La deriva punitivista del sistema penal español tiene su primera manifestación en el año 1995, cuando se eliminó el beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo que se recogía en el art. 100 del antiguo CP de 1973. No obstante, es con la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, cuando se produce un significativo aumento de la dureza del sistema, a través de la elevación del límite máximo de cumplimiento de la pena a 40 años, la limitación del acceso a beneficios penitenciarios, la introducción de periodos de seguridad - obstaculizando en algunos casos la progresión en grado del interno-, y la limitación del acceso tanto a la libertad condicional como a la suspensión condicional de la pena. Todas estas modificaciones se introdujeron con el fin de que el quantum de pena que se cumplía en prisión se acercara lo máximo posible al impuesto en la sentencia. En la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, el legislador argumentó este endurecimiento en base a un “derecho del ciudadano a conocer



alcanza su culmen. De entre todas las medidas que se introdujeron en este año – la supresión de las faltas, la elevación de las penas asociadas a los delitos de homicidio y asesinato, o la modificación de los supuestos de concesión de la libertad condicional, entre otras -, sin duda la creación de la controvertida pena de prisión permanente revisable fue la más notoria, eclipsando a todas las demás y generando una Reacción doctrinal sin precedentes, con voces a favor, pero muchas otras en contra de esta manifestación tan extremadamente severa del ius puniendi del Estado.

El legislador justificó la introducción de esta medida en base a una supuesta “necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia” que “hace preciso poner a su disposición un sistema legal que

con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta”. Añadiendo que “además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad (...). La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves”. Como se verá ahora, en el 2015 el legislador hizo suyos los argumentos que justificaban la reforma del 2003, que fue motivada por el interés de la sociedad de tener un sistema con penas estrictas, eximiendo de responsabilidad al legislador, quien únicamente se limitaría a dar cobertura al derecho del ciudadano a gozar de un sistema penal en el que las penas se cumplan íntegramente y en el que se pueda confiar, no dejando en libertad al condenado antes de cumplir los años impuestos en la sentencia.



garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas³. Este argumento no convence a la mayoría de la doctrina, que se posiciona como férrea detractora, con más de un centenar de catedráticos y catedráticas de Derecho Penal de Universidades españolas que suscribieron un manifiesto para la derogación de esta pena⁴. De entre ellos, destacan académicos como ARROYO ZAPATERO, DEMETRIO CRESPO, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE o LASCURAÍN SÁNCHEZ, quienes están de acuerdo en que “debería ser derogada porque sin aportar eficacia a la evitación de los delitos más graves, compromete algunos de los valores fundamentales que nos configuran como sociedad democrática, (...) no disuade de la comisión de los delitos más graves en mayor medida que las ya severas penas preexistentes, y además, compromete seriamente la prohibición de penas inhumanas del artículo 15 de nuestra Constitución (...) y el mandato de

³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Preámbulo I. Boletín Oficial del Estado, 30 de marzo de 2011.

⁴ El texto completo del manifiesto puede ser consultado en Vista de Manifiesto contra la cadena perpetua (ub.edu), 31 de julio de 2015. Vid., igualmente, la relación de profesores que se han sumado a la declaración contra la pena de prisión perpetua, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.), ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y PÉREZ MANZANO, M. (eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp.183-184. Entre los suscribientes, destacan personalidades como GONZÁLEZ CUSSAC, MIR PUIG, VIVES ANTÓN, CANCIÓ MELIÁ o ABEL SOUTO.



reinserción social del artículo 25.2 de nuestra Constitución”⁵.

En la misma línea de rechazo entre la doctrina, han de citarse, entre otras, las palabras de penalistas tan reconocidos como QUINTERO OLIVARES, para el que la PPR implica “proclamar tácitamente las virtudes del derecho penal de autor”, siendo “del todo irresponsable alimentar los sentimientos de venganza o colocar por encima de la legalidad a la personalidad del autor, como algo que debe pasar por encima de las condiciones establecidas por el Estado de Derecho”⁶, o las de GONZÁLEZ CUSSAC, quien asevera que el endurecimiento penal obedece a una concepción exclusivamente represiva del sistema penal, y “expresa, junto a un preocupante déficit ético, la baja calidad real de la democracia, en este caso, española”, cuando en todo Estado que se proclame de Derecho la pena debe ser entendida como “la imposición de un mal necesario al infractor (privación de sus derechos) con la función de tutelar derechos y libertades. Cualquier otra justificación no satisface los fines de justicia sino los de venganza”⁷.

⁵ Ibidem.

⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: Comentario a la Reforma Penal de 2015, Ed. Aranzadi, 2015, p.38.

⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Prefacio”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLIN EVANGELIO, A. (coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p.3.



El debate, que nunca se cerró a nivel doctrinal⁸ y tampoco a nivel político⁹, se ha intensificado tras la

⁸ En este sentido, vid., por ejemplo, GARCÍA RIVAS, N.: "Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable", en DE LEÓN VILLALBA, F.J (dir.) y LÓPEZ LORCA, B.: "La prisión permanente revisable. Naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico", en DE LEÓN VILLALBA, F.J. (dir.) y LÓPEZ LORCA, B. (coord.), Penas de prisión de larga duración, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 648-664. También DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "La prisión permanente revisable. principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español", Revista de Derecho Penal y Criminología, nº. 10, 2013, pp. 65-114. Resulta reseñable también la crítica elaborada por FUENTES OSORIO, J.L.: "¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente revisable: el modelo vigente y la propuesta de reforma", Revista de derecho constitucional europeo, nº. 21, 2014, pp. 21-38.

⁹ El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentó el 16 de septiembre de 2016 una proposición de ley para la derogación de la PPR, fundada en que no se halla "justificada desde razones de política criminal y por considerarla inconstitucional por varios motivos. Atenta contra la dignidad de los seres humanos (art. 10 CE). Atenta contra la prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes (art. 15 CE). Vulnera el mandato constitucional de que las penas estén orientadas a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) Y rompe peligrosamente con uno de los consensos constitucionales de 1978 de no establecer la cadena perpetua. Vulnera el principio constitucional de legalidad establecido en el artículo 25.1 CE. Y, finalmente, existen posibilidades de error judicial que sería irreparable". Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 16 de septiembre de 2016. Exposición de Motivos. Boletín Oficial de las Cortes Generales. nº.31-1.



reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el PSOE, IU, UPyD, EAJ-PNV, Convergencia i de Unió y el Grupo Parlamentario Mixto. La sentencia avala la constitucionalidad de esta pena y trata de zanjar toda duda sobre su posible incompatibilidad con nuestro Ordenamiento jurídico¹⁰. Sin embargo, la resolución del TC no ha convencido a la doctrina, que fundamentalmente dirige sus críticas no tanto hacia el fallo, sino hacia el bajo nivel de motivación y las múltiples cuestiones sin resolver que esta sentencia deja. Para LASCURAÍN SÁNCHEZ, la decisión de los Magistrados es un “bajonazo”, pues adolece de una “falta de profundidad” e incurre en una “fundamentación superficial de soluciones ante un problema de especial complejidad y trascendencia”. En su opinión, “el regusto amargo que deja la sentencia no es por su resultado (...) ni, por así decirlo, porque se haya perdido el combate por la eliminación de una pena que cuando menos presiona severamente los valores constitucionales, sino por la elusión misma del combate en alguno de sus

¹⁰ De manera sucinta, los motivos de recurso son los siguientes: a) Vulneración de la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE y en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); b) Vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas y, consecuentemente, del derecho a la libertad personal garantizado en el art. 17 CE; c) Vulneración del mandato de determinación de la pena recogido en el art. 25.1 CE, que garantiza el derecho a la legalidad penal; d) Vulneración del mandato de resocialización previsto en el art. 25.2 CE. Vid. STC 169/2021, de 6 de octubre, pp.3-6.



puntos fundamentales”. Continúa diciendo que su “disgusto como ciudadano y como jurista no es tanto que nuestro sistema constitucional pueda acoger una pena tan incisiva para nuestros principios penales como el no terminar sabiendo en realidad por qué”¹¹. En el mismo sentido, VARONA GÓMEZ afirma que siente “decepción no tanto (o solo) por el resultado final, sino sobre todo por la pobreza argumentativa de la resolución”, criticando de ella que es una decisión que “en escasas páginas ventila numerosas y profundas cuestiones planteadas en contra de la PPR” y en la que se aprecia “corta-pega de resoluciones anteriores” y cuya fundamentación no es sino una “exégesis, y además sesgada, de la jurisprudencia del TEDH sobre la cadena perpetua”¹².

Existe un práctico consenso doctrinal en que en el 2015 el legislador no hizo sino introducir en nuestro Ordenamiento una cadena perpetua, pues el tiempo que el penado estará recluso no tiene duración limitada, sino que está sometido a una condición totalmente indeterminada y abstracta: “la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social”¹³; reinserción reconocida por el art. 25.2 de la CE (por tanto, dentro de los Derechos Fundamentales) que resulta compleja de alcanzar, pues es difícilmente imaginable que una

¹¹LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº. 36, 2022, pp. 2-3

¹² VARONA GÓMEZ, D., “Quo vadis T.C? Sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR). STC 169/2021”, *Indret*, nº.1, 2022, pp. 6-7.

¹³ Ley Orgánica 1/2015. Preámbulo II.



condena que se extiende “solamente” durante 25, 28, 30 o 35 años (plazos de revisión establecidos por los arts. 78 bis apartados 1 y 2 y 92.1.a del CP), sumada al endurecimiento de los requisitos para el acceso al tercer grado en el caso de la PPR, vaya a suponer un cambio de actitud en el interno que le hagan ser considerado proclive a reinsertarse en la sociedad. Lo que es más, los amplísimos plazos de revisión de esta pena no cumplen con las normativas supranacionales europeas. Los plazos que recoge la PPR “(...) se encuentran alejados de las Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, que establece que la primera revisión debe producirse entre 8 y 14 años. (...) Incluso, aunque el Tribunal Europeo no ha querido pronunciarse sobre el plazo para la revisión dado el margen de apreciación de los Estados, no ha dudado en señalar que en el Derecho Internacional se observa una tendencia clara a que la primera revisión se produzca en un plazo no superior a 25 años (...). Por consiguiente, al menos las revisiones previstas para 28, 30 y 35 años no cumplen con las exigencias derivadas del respeto de la dignidad humana y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes (artículo 3 CEDH y artículo 15 CE), pues, por sí mismas y por insertarse en un sistema que no ha previsto instrumentos específicos de resocialización, no permiten concluir que se habilite una oportunidad cierta de excarcelación capaz de minorar los graves padecimientos que la reclusión de por vida conlleva”¹⁴.

¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L, DE LEÓN VILLALBA, F.J., MARTÍNEZ GARAY, L.: “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en RODRÍGUEZ YAGÜE,



1.2. Planteamiento y metodología

Dejando a un lado estos debates en torno a la PPR, este artículo se centrará en otro aspecto controvertido derivado de la introducción de esta pena que tiene un carácter menos evidente a nivel social, pero que entraña importantes desafíos desde el punto de vista técnico-jurídico. En concreto, se analizará la problemática de la PPR desde la perspectiva de su ámbito material de aplicación y, más específicamente, en relación con el delito de asesinato hiperagravado. Para ello, se abordarán tres aspectos esenciales:

En primer lugar, se analizarán los tipos delictivos cuya comisión lleva aparejada la imposición de PPR, para delimitar así su ámbito de aplicación objetivo. El legislador de 2015 incurrió en importantes problemas interpretativos, concursales y de fundamentación al elaborar esta figura, que serán explicados con detalle. Una configuración que, para CERVELLÓ DONDERIS, entre otras muchas voces, es “un auténtico despropósito”¹⁵

A continuación, los siguientes dos epígrafes se dedicarán a analizar de manera exhaustiva las novedades que la introducción del art. 140 del CP supuso, con la introducción de la figura del asesinato hiperagravado. De este modo, se expondrá el contenido del art. 140.1 en

C. (coord.), ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y PÉREZ MANZANO, M. (eds.): ob. cit., p. 40.

¹⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Prisión permanente revisable. II”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATAILLIN EVANGELIO, A. (coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p.373.



sus apartados 2ª y 3ª -asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, y asesinato perpetrado por miembro de un grupo u organización criminal, respectivamente-, así como del art. 140.2 -asesinato de más de dos personas-. Como se puede observar, no se analiza en este epígrafe el art. 140.1.1ª, sino que este se trata de manera separada, en atención a las características particulares de este precepto: el art. 140.1.1ª castiga con PPR a aquel que hubiera cometido un asesinato sobre una víctima menor de dieciséis años, o especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Pero es que, por otra parte, el art. 139.1.1ª del CP establece la cualificación del delito cuando este sea cometido mediando alevosía, siendo que existen diversos tipos de alevosía, una de ellas, la de desvalimiento. La coexistencia de estos dos preceptos en el mismo cuerpo legal ha introducido en nuestro Ordenamiento la posibilidad de castigar un mismo hecho con dos penas distintas, pudiendo generar un supuesto de bis in ídem en aquellos casos en los que ya se hayan tenido en cuenta las circunstancias de la víctima para calificar la muerte como asesinato alevoso. Esta problemática será analizada pormenorizadamente, complementándose con jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Especialmente se tratará la STS núm 700/2018, de 9 de enero, en la que se ofrece la clave para evitar los supuestos de bis in ídem a los que el legislador dio cabida en nuestro Ordenamiento a partir del año 2015.

Resuelta conveniente tratar separadamente el art. 140.1.1ª del CP no solo porque puede suponer una vulneración flagrante de uno de los principios básicos del Derecho Penal, sino porque hasta la fecha de elaboración



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

de este Trabajo, se trata del único supuesto castigado con PPR que se ha aplicado por los Tribunales españoles, lo que justifica una mayor atención.

La importancia del análisis separado viene motivada, además, porque sigue siendo un tema de rabiosa actualidad. Muestra de ello es que, a fecha de 31 de mayo de 2022, el Pleno de la Sala de lo Penal del TS se reunió para abordar cómo debe aplicarse la PPR en los casos de asesinatos de menores, y resolver si se pueden generar supuestos de bis in ídem con la regulación actual. Todo ello, en aras de unificar la doctrina emanada de los Tribunales españoles, que adoptaban soluciones dispares en estos supuestos. Contra todo pronóstico (debido a la complejidad del asunto y la intrincada regulación del CP), la cuestión se pudo resolver en una sola sesión: con doce votos a favor y cuatro en contra, los Magistrados de la Sala de lo Penal han dictaminado que sí es aplicable la PPR a los asesinatos de menores, además de la apreciación de alevosía por tratarse de víctimas especialmente vulnerables, sin que el autor sea condenado dos veces por el mismo hecho¹⁶. Por tanto, parece que zanján las dudas en torno a la posibilidad de incurrir en un bis in ídem, que es el objeto central de este Trabajo. No habría incompatibilidad en el hecho de condenar por asesinato con alevosía de un menor y,

¹⁶ Extraído de Diario El Mundo. El Supremo avala condenar con prisión permanente revisable a los autores de asesinatos alevosos a niños | España (elmundo.es) (última vez consultado el 01/06/2022).

¹⁷ DE LEÓN VILLALBA, F.J.: "Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución", en DE LEÓN VILLALBA, F.J (dir.) y LÓPEZ LORCA, B. (coord.), ob. cit., p. 36.



además, a PPR. Con esta Sentencia, el TS sienta jurisprudencia y proporciona una solución a las dificultades a las que los juzgadores se venían enfrentando desde el año 2015 para condenar los asesinatos a menores de edad. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Finalmente, en el último epígrafe se incluirán una serie de conclusiones y reflexiones críticas sobre esta condena a perpetuidad, cuya introducción obedece más a intereses políticos que a verdaderos criterios de necesidad jurídica. En palabras de DE LEÓN VILLALBA "(...) la imposición de líneas políticas por grupos de presión permite explicar la obra de un legislador más preocupado por la política securitaria y populista que por la adopción, desde la óptica resocializadora, de un Derecho penal mínimo"¹⁷. Y es que pareciera que el legislador se hubiera olvidado de que el fundamento de la existencia del Derecho penal no es hacer pagar al criminal por sus actos, ni la venganza - lo que supondría una involución hacia tesis retribucionistas de la pena-, sino procurar que el criminal pueda volver a vivir en sociedad sin reincidir en las mismas conductas.

Los avances en materia de resocialización que tantos siglos han costado se ven ahora en peligro, debido a políticas criminales más basadas en intereses políticos y casos puntuales que en una verdadera necesidad de adecuación del sistema penal a nuevas circunstancias

¹⁷ DE LEÓN VILLALBA, F.J.: "Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución", en DE LEÓN VILLALBA, F.J (dir.) y LÓPEZ LORCA, B. (coord.), ob. cit., p. 36.



sociales. El que debiera ser el instrumento de intervención de ultima ratio del Estado se utiliza de manera cada vez más abusiva e injustificada. Un auge de populismos, de radicalizaciones políticas y de reformas reaccionarias a supuestos muy concretos que no deberían tener su traducción en el endurecimiento de los tipos penales. Una alarmante técnica legislativa a la que se criticará en el epígrafe final de conclusiones, para poner fin a este Trabajo.

Desde el punto de vista metodológico, para la elaboración de este Trabajo, y como corresponde al ámbito jurídico-penal, ha resultado fundamental el estudio y reflexión del art. 140 del CP, para lo cual se han utilizado las aportaciones doctrinales más destacadas; y, en su caso, la jurisprudencia más relevante para las cuestiones objeto de controversia.

2. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

La LO 1/2015 ha sido la reforma más profunda efectuada sobre nuestro Código Penal, con la creación de la figura de la PPR que, con independencia de la idea de no perpetuidad que se nos puede representar al escuchar su denominación, supuso la incorporación a nuestro Ordenamiento de una pena que se extiende por toda la vida del condenado. La justificación que el legislador dio en el Preámbulo de la misma ley no tiene otra finalidad que eximirse de toda crítica que se le pueda dirigir por el endurecimiento del sistema, cargando la responsabilidad sobre la ciudadanía, que supuestamente no confía en su sistema de justicia y demanda un



incremento de la severidad con la que se responde contra aquellos delitos que conllevan un mayor reproche social, al igual que han hecho ya algunos de sus vecinos europeos¹⁸.

Junto al argumento de satisfacer las demandas sociales que ya se avanzó en la introducción, el legislador esgrime en el apartado II del Preámbulo una razón más para justificar la constitucionalidad de esta condena perpetua que es, para muchos, muy convincente: que “podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad”. Pero es que para que una medida restrictiva de derechos fundamentales sea adecuada y admisible en nuestro Ordenamiento, la doctrina del TC ha establecido que debe cumplir, entre otras, la condición de que no exista otra medida menos lesiva para alcanzar tal objetivo – principio de necesidad ⁻¹⁹. Autores como JUANATEY DORADO aprecian en este extremo serios problemas de constitucionalidad de la pena y, por tanto, las palabras del legislador no parecen ser suficientes para justificar la inclusión de la PPR²⁰. Aunque los delitos para los que está prevista sean pocos

¹⁸ Por ejemplo, en Italia, el art. 17 de su CP reconoce el “ergastolo”. En Reino Unido, existe la condena a “life imprisonment”, cuyo nombre ya es más que sugerente. Otros vecinos, como Alemania, tienen también su prisión permanente revisable, en este caso, reconocida en el párrafo 38 de su CP. Otro ejemplo es el de Bélgica. Finalmente, en Francia, el art. 131 de su CP también reconoce una “perpetuidad irreducible”.

¹⁹ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

²⁰ JUANATEY DORADO, C.: “Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable”, Revista General de Derecho Penal, nº. 20, 2013, p. 6.



y “de excepcional gravedad”, ello no debe llevar a pensar que penas anteriores ya existentes hayan sido insuficientes. Como afirma la Catedrática, “después de 20, 25, 30 o 40 años, los presos que han cumplido esas condenas por delitos graves no han mostrado un alto índice de reincidencia. No tenemos constancia de tal circunstancia, puesto que ni siquiera ha habido tiempo a que algún condenado cumpla los nuevos límites legales que pueden llegar hasta 40 años”²¹.

Por lo tanto, la supuesta necesidad de inclusión de la PPR que el legislador pretende argumentar para que esta sea consonante con la doctrina del TC no existe, como tampoco existen datos que prueben un mayor efecto preventivo-general de la PPR frente a otras penas ya existentes de menor gravedad. Como advierte LASCURAÍN SÁNCHEZ, no hay evidencias que avalen que realizar incrementos sobre penas ya per se elevadas contribuya de manera más eficaz a la disminución en la comisión de los delitos a los que se asocian²². En su opinión, lo que amedrenta al delincuente es la amenaza de una pena de prisión muy larga, y no se puede olvidar que la máxima en nuestro Ordenamiento, aun sin existir la PPR, es de 40 años, ex. art. 76 del CP²³.

²¹ Ibidem.

²² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Ni aunque sea revisable”, en *Diario El País*, 3 de octubre de 2013 (última vez consultado 24/03/2022).

²³ En este sentido, op. cit., p. 6. Lo que buscaba el legislador de 2015 era disuadir al potencialmente criminal a través del miedo a una condena muy prologada en el tiempo. Pero no debe olvidarse que los plazos de revisión de la PPR para progresar hasta el tercer grado y, por tanto, lograr la suspensión de la ejecución de la pena, son de 25, 28, 30 o 35



Dejando al margen estas consideraciones, el listado de delitos cuya sanción es la pena de PPR es un *numerus clausus*, no existiendo un único precepto en el CP que los enumere, sino que estos se encuentran dispersos a lo largo de su articulado. A continuación, se revisan estos artículos, indicándose en cada caso los principales problemas de configuración y de aplicación de los tipos que la doctrina ha identificado hasta el momento.

2.1. El asesinato hiperagravado

En primer lugar, el art. 140 del CP establece que *“1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

años (ex. art. 78 bis del CP). Por lo que se puede llegar al sinsentido de que, siendo la PPR la pena más grave de nuestro Ordenamiento, un sujeto que comete un delito no sancionado con PPR permanezca más años en prisión -hasta 40- que aquel que incurre en alguno de los tipos a los que sí viene aparejada pena a perpetuidad. No parece que tenga mucho sentido que el legislador afirme que esta pena se puede aplicar solo a los supuestos de mayor gravedad, dado que ya se impone, a través de otras penas de prisión de larga duración, una estancia en prisión mayor que la asociada a la PPR. Esta condena es innecesaria, y no más disuasoria que otras ya existentes.



2.^a Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3.^a Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo”.

El bien jurídico protegido en este tipo delictual es la “vida humana independiente”, entendiéndose por “independiente” como aquella vida que es extrauterina²⁴. La sobreprotección que el legislador confiere al bien jurídico vida podría estar bien justificada, habida cuenta de que la vida constituye el sustrato fundamental sobre el que se configuran el resto de bienes y derechos dignos de protección, tales como la integridad física, la libertad sexual o la dignidad. Si no hay vida, no queda ningún bien jurídico que salvaguardar y, por ello, parece coherente que aquellos atentados más graves contra la misma sean reprimidos con especial dureza. Pero este es el único motivo que se puede llegar a encontrar, ya que cuando el legislador configuró este tipo no adujo ninguna razón objetiva para incrementar la penalidad asociada a estos asesinatos hiperagravados. La tasa de criminalidad en España anterior al periodo de deliberación y aprobación de la LO 1/2015 no había aumentado, sino

²⁴ MARTOS NÚÑEZ, J.A.: El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal, Ed. Bosch Penal, 2017 p. 21.



todo lo contrario, había experimentado un descenso del 3,7%, según los datos recabados por la Secretaría de Estado de Seguridad, dependiente del Ministerio del Interior²⁵.

Tampoco la población española de aquel momento parecía especialmente preocupada por el incremento de la criminalidad, pues según muestran los datos recabados por el CIS en el periodo anterior a la implantación de esta reforma penal, el problema de "inseguridad ciudadana" se movía en unos valores entorno al 2,5% y el 3,1%, frente a otros asuntos que sí merecían una especial atención, como la tasa de paro (con valores en torno a un 80,1%), la corrupción y el fraude (alcanzando cotas del 50,8%), o los problemas de índole económica (que en 2015 llegan a fijarse en un 26,9%)²⁶.

La configuración del asesinato hiperagravado del art. 140 del CP parece obedecer más bien a crímenes puntuales a los que se dio mucha difusión en los medios de comunicación, sin duda agentes generadores de opinión, y que propiciaron una enorme reacción social. Hechos luctuosos de los que el legislador se valió para insertar en nuestro Ordenamiento una regulación para el asesinato hiperagravado que no obedece a ninguna razón objetiva. Como precisa LÓPEZ LORCA²⁷, "no sería

²⁵ Información disponible en informe balance 2015 (interior.gob.es) (última vez consultado el 05/06/2022).

²⁶ Datos recabados de la página oficial del CIS: Three principal problems (cis.es) (última vez consultado el 05/06/2022).

²⁷ LÓPEZ LORCA, B., "La prisión permanente revisable. Naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico", en DE



extraño que, en el futuro, nuevos casos con especial impacto en los medios de comunicación se incluyesen como supuestos de asesinato hiperagravado”²⁸.

Y no erraba la profesora al hacer tal hipótesis pues, tan solo un año después de sus palabras, en el 2018, el Consejo de Ministros - con el Gobierno del PP de M. Rajoy-, impulsaba un Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para ampliar los supuestos delictivos a los que se aplica la PPR²⁹. Se pretendían añadir a la pena perpetua los delitos de asesinato en los que se impide u obstruye la recuperación del cadáver a los familiares (lo que recuerda mucho al caso Marta del Castillo), el asesinato después de un secuestro (que es lo que ocurrió con Diana Quer), las violaciones en serie (que suena mucho al caso del violador en serie de Gipuzkoa), la violación de menor tras privarle de libertad o someterle a torturas físicas o morales; y las muertes en incendios, destrucción de grandes infraestructuras, liberación de energía nuclear o elementos radiactivos. Reforma que no ha llegado a producirse, pero que es muestra de cómo se ha pretendido utilizar algunos casos mediáticos como pretexto para endurecer nuestra normativa penal.

LEÓN VILLALBA, F.J (dir.) y LÓPEZ LORCA, B. (coord.), ob. cit., p. 601.

²⁸ Información extraída de: La Moncloa. 09/02/2018. El Gobierno propone ampliar los delitos penados con prisión permanente revisable [Consejo de Ministros/Resúmenes] (última vez consultado el 17/03/2022).

²⁹ Op. cit., p. 607.



Retomando lo anterior, junto a la dificultad de dirimir las razones que motivaron la inclusión de los asesinatos hiperagravados, cada uno de los tres tipos que el art. 140 del CP enumera presenta problemas interpretativos y concursales, haciendo de la regulación de los asesinatos hiperagravados una especialmente errática e incomprensible. Sobre esta cuestión se volverá en el tercer epígrafe de este trabajo y se analizará con mayor detenimiento, dado que se trata del único supuesto castigado con PPR que se ha aplicado hasta la fecha, lo que justifica, como ya se ha indicado en la introducción, una mayor atención.

2.2. La muerte del Rey o Reina del Estado español o su heredero

El legislador incluyó la muerte del Jefe del Estado español o del Príncipe o Princesa de Asturias entre el catálogo de delitos constitutivos de la pena de PPR, concretamente en el art. 485.1 del CP. Este tipo, cuya inclusión como delito de prisión permanente puede parecer más que justificada -dada la gravedad de las consecuencias políticas, sociales y militares que entrañaría-, también presenta problemas de redacción que lo han hecho objeto de críticas. No tanto por el hecho de suscitar posturas más o menos en pro de la defensa de la monarquía, sino por su deficiente construcción.

El bien jurídico que se protege es la vida de estos sujetos pasivos, debido a las funciones de representación del Estado que constitucionalmente tienen atribuidas. Es por ello la inclusión de este tipo entre los castigados con PPR no es por razones de salvaguardar el modelo



monárquico, sino por la pluriofensividad del delito, ya que, con la acción de matar al monarca no solo se está cometiendo un atentado contra su vida, sino también contra "la unidad y permanencia del Estado", de la que el Rey "es símbolo" (ex. art. 56.1 CE). Y es aquí donde estriba el problema: de acuerdo a la CE, las funciones que tienen encomendadas el Rey y el Príncipe (o Princesa) de Asturias son bien diferentes.

Así, el art. 56.1 de la CE establece que "el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes". Por su parte, el art. 62 del texto constitucional enumera cuáles son las funciones del Rey, entre las que cabría destacar "sancionar y promulgar las leyes" (a), "convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución" (b), u ostentar "el mando supremo de las Fuerzas Armadas" (h). Por último, el artículo inmediatamente posterior atribuye también al Rey la acreditación a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Sin embargo, no se encuentra en la CE ningún precepto que establezca cuáles son las funciones que tiene encomendadas el Príncipe (o Princesa) de Asturias, al margen de ejercer la Regencia si el Rey fuera inhabilitado (art. 59.2 CE). Es por ello que cuesta



entender la pluriofensividad que entrañaría asesinar al heredero al trono³⁰.

Por otra parte, la acción típica establecida en el art. 485.1 del CP es "matar". Un verbo tan amplio, que en él caben todas las conductas que sirvan para acabar con la vida, independientemente de los medios comisivos empleados o la voluntad que presidiera la conducta en el momento de perpetrar el delito, equiparándose así el homicidio con el asesinato, la culpa con el dolo. La aplicación de la misma condena a dos conductas que entrañan desvalores de acción tan diferentes vulnera el principio de proporcionalidad, impidiéndose todo intento de individualización de la pena, a fin de que sea lo más razonable posible a la gravedad, peligrosidad y resultado de la conducta emprendida.

Apartado tercero de este art. 485 tampoco es exponente de una buena técnica legislativa. Según este precepto, la tentativa de acabar con la vida de estos sujetos pasivos llevará aparejada la imposición de "la pena inferior en un grado". Esto es, el legislador permitió que la PPR se pudiera aplicar a delitos no consumados, sino que se quedan en grado de tentativa. Algo inédito y desproporcional. Esta es también la opinión del CGPJ que, reunido en Pleno, opinaba que "esta medida es de todo punto criticable, no sólo por la alteración sustancial del régimen penológico establecido con carácter general

³⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pp.241-242.



para la tentativa, que según reza el artículo 62 posibilita la minoración de la pena en uno o dos grados, sino porque desde una perspectiva material puede llegar a suponer que un hecho tan trascendente como la ausencia del resultado de muerte no sea tenido en consideración de cara a la imposición de la pena, con la evidente desproporcionalidad que ello comporta, sobre todo si se tiene cuenta que la muerte del Rey o del Príncipe heredero está sancionada con la PPR. Estos argumentos aconsejan reflexionar sobre la modificación aludida, ya que resulta más adecuado mantener la actual regulación para el supuesto de tentativa”³¹.

2.3. La muerte por atentado terrorista

El art. 573 bis.1.1^a castiga con PPR los delitos de terrorismo en los que se cause “la muerte de una persona”. La ratio legis que justificó la inclusión de la PPR para estos casos pasa de nuevo por la pluriofensividad de la conducta delictiva: por un lado, se atenta contra los bienes jurídicos de las víctimas -vida, integridad física, salud, etc.- y, por otro lado, contra intereses colectivos, aunque la concreción de estos últimos es diferente para cada autor. Para MENDOZA CALDERÓN³² o PÉREZ CEPEDA³³, lo que se vulnera es “la normalidad

³¹ MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de terrorismo como crimen internacional: su consideración como crimen de lesa humanidad”, en PORTILLA CONTRERAS, G., PÉREZ CEPEDA, A.I., (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal. Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 47-59.

³² Ibidem, pp. 11-34.

³³ QUINTERO OLIVARES, G., “El terrorismo como cuestión jurídica presente y futura”, en MORENO CATENA, V. y ARNÁIZ



de la convivencia ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales". Para otros, como QUINTERO OLIVARES³⁴, el valor que se conculca con las actuaciones terroristas es "el orden constitucional y la paz pública". CANCIO MELIÁ³⁵ afirma que el bien jurídico protegido es "el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado". GARCÍA SÁNCHEZ³⁶ es más proclive a pensar en "la seguridad de los Estados, el orden democrático constitucional, la seguridad y la paz mundial".

El TS también ha tratado de delimitar en diversas sentencias los bienes jurídicos afectados por el

SERRANO, A. (dirs.), *El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 15-25.

³⁴ CANCIO MELIÁ, M. (et al.): "Debate. Terrorismo, contraterrorismo y derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 12, 2016, pp. 34-52.

³⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, B.: "Instrumentos internacionales en la lucha contra el terrorismo (ONU)", en PÉREZ CEPEDA, A.I. (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 75-104.

³⁶ En este extremo, resulta ilustrador el estudio llevado a cabo por BUESA BLANCO, en el que se muestra el decrecimiento en las actividades delictivas llevadas a cabo por ETA entre el 2000 y el 2012. Vid. BUESA BLANCO, M.: "ETA: Estadística de actividades terroristas. Edición 2012", en Instituto de Análisis Industrial y Financiero. Documento de trabajo nº 87/2013, pp. 9-10. En estas páginas, se aprecia claramente una tendencia decreciente a partir del 2000, hasta llegar a una incidencia mínima a partir del 2012, que se mantiene hasta día de hoy, y que también estaba presente en el momento de elaboración y promulgación de la LO 1/2015.



terrorismo. Así, la STS núm. 33/1993, de 25 de enero, establecía que se trata de “la seguridad de los derechos”. Otras, como las STS núm. 2/1997, de 29 de noviembre, y STS núm. 503/2008, de 17 de julio, se decantaban por “la paz pública y el orden político constituido” y “un orden o una forma de vida política, económica, cultural y social”, respectivamente.

Sea cual sea el bien jurídico colectivo que se tome, de lo que no cabe duda es de que el terrorismo se configura como ilícito pluriofensivo.

Pero pese a ello, no parece que el aumento del punitivismo asociado a estos delitos esté justificado hoy en día dada la escasa comisión de los mismos en nuestro país³⁷, máxime si se tiene en cuenta que el principal terrorismo que azotaba a España era protagonizado por la banda ETA, que anunció en octubre de 2011 el cese definitivo de su actividad, y que no parece que vaya a volver a la lucha armada³⁸. La reforma del 2015 incrementó la respuesta punitiva en un momento en que era menos necesario que nunca. La verdadera razón, pues, de inclusión de esos delitos de terrorismo como merecedores de PPR parece tener más que ver con la influencia del colectivo de víctimas de ETA sobre la política criminal, produciendo una instrumentalización del Derecho penal, que acaba transformándose en un poder ejercido de manera abusiva y disfuncional con el único fin de resarcir a las víctimas³⁹.

³⁷ En este sentido, LÓPEZ LORCA, B.: ob. cit., p. 609.

³⁸ Op. cit., p. 610.

³⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ob. cit., p. 262.



Al margen de estas consideraciones político-criminales, también el art. 573 bis.1.1 del CP genera problemas interpretativos. De nuevo, el legislador vuelve a incurrir en formular el tipo de manera excesivamente amplia, de modo que el art. 573 bis.1.1^a castiga con PPR al que "causara la muerte de una persona", no especificando el ánimo que debe presidir la conducta del autor y, por tanto, equiparando el homicidio con el asesinato. Aunque en este caso esta generalidad es salvable, pues la calificación de los actos terroristas, por su propia naturaleza, será asesinato, en la práctica totalidad de los supuestos.

El mayor problema de redacción se encuentra en la utilización del artículo "una" precedente al sustantivo "persona". Y es que al "bastar" con un solo resultado muerte para imponer la PPR, se puede llegar a producir un cierto efecto criminógeno, pues con independencia del número de muertes ocasionadas, la pena será la misma⁴⁰. Así, se puede llegar a reducir la función preventivo-general de la PPR, ya que si bien el legislador buscaba de alguna manera amedrentar al posible criminal, al ser suficiente solo una muerte en contexto terrorista para la imposición de esta condena, el autor puede concluir que ya que la pena será la PPR mate al número de personas que mate, acabar con la vida de más personas le resulta más rentable.

⁴⁰ Ibidem.



2.4. La muerte de Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida

Con PPR son también castigadas las muertes del “Jefe de un Estado extranjero, u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España” (art. 605.1 del CP). Este delito se encuentra englobado dentro del Título XXIV del CP, “Delitos contra la Comunidad Internacional”, por lo que se justifica la especial dureza de las sanciones aparejadas a los atentados contra la vida de estas personas, al tratarse de delitos de naturaleza pluriofensiva. Como explica el CGPJ, “junto a la protección de la vida humana también se protege, especialmente, la representación que los sujetos pasivos ostentan respecto de un Estado extranjero”⁴¹.

La selección de las personas protegidas por este artículo resulta criticable porque no se puede discernir la existencia de un criterio político-criminal que justifique la necesidad de imponer la máxima pena a estas conductas, cuando el sujeto pasivo de las mismas es una persona especialmente protegida a nivel internacional. Y es que no solo los diplomáticos están protegidos, sino también sus familiares, que no tienen encomendada ninguna función de representación del Estado español más allá de sus fronteras. En palabras del CGPJ, “no obstante, si bien es adecuado mantener una penalidad elevada para este tipo de supuestos e, incluso, equiparar

⁴¹ ABEL SOUTO, M.: “Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLIN EVANGELIO, A. (coords.), Comentarios a la Reforma Código Penal de 2015, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 1368.



la punición de la muerte de un Jefe de Estado extranjero a la establecida para el regicidio, se antoja excesivo sancionar con PPR la muerte de las personas internacionalmente protegidas por un tratado (por ejemplo, diplomáticos, miembros de su familia y representantes consulares) por lo cual, se aconseja mantener las penas vigentes para estos casos⁴². Este precepto amplía en exceso el elenco de sujetos pasivos por cuya muerte se condenará a PPR sin razón objetiva alguna.

2.5. Los delitos de genocidio y lesa humanidad

La condena máxima está también prevista para los delitos de genocidio del art. 607 del CP. El legislador no extiende la PPR a todas las modalidades delictuales en que se puede concretar el genocidio -entendido este como toda conducta lesiva orientada a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes-, sino solo para la causación de la muerte, las agresiones sexuales, o las lesiones del art. 149 del CP de alguno de los miembros de estos grupos. Se equiparan así las penas de delitos con muy diferentes desvalores de acción, lo que a la postre autores como ABEL SOUTO advierten que puede llegar a ser una circunstancia "criminógena", que "anima a seguir la

⁴² PINTO PALACIO, F: "Alevosía, non bis in ídem y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Diario La Ley, nº. 9799, 2021, p.2.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

escalada criminal para evitar con la muerte de la víctima el riesgo de su declaración”⁴³.

Por su parte, el art. 607 bis 2.1º del CP también impone la PPR por la causación de “la muerte de alguna persona” en un contexto de lesa humanidad, entendiéndose por ella un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella”.

Se evidencia aquí una fuerte contradicción en el legislador, que sí castiga con PPR las agresiones sexuales que se puedan subsumir dentro del delito de genocidio, pero no aquellas que sean consideradas realizadas en un contexto de lesa humanidad. Misma acción, diferentes respuestas penales. La razón por la que (algunas modalidades de) lesa humanidad y genocidio fueron incluidas en el elenco de delitos castigados con PPR no es otra que el mensaje que se quiere dar a la población. El ciudadano medio no tiene muchas nociones acerca de

⁴³ La definición de concurso real la proporciona el CP en su artículo 73, al establecer que “al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”. Es decir, se trata de supuestos en los que concurren varias acciones independientes que merecen ser castigadas separadamente, imponiéndose así al condenado el cumplimiento sucesivo de todas las penas, por todos los delitos cometidos. No obstante, existe un periodo máximo de cumplimiento, regulado en el art. 76 del CP, que limita el quantum de pena que efectivamente se cumple en prisión, en función de la gravedad del delito cometido, excepto en el caso de la PPR que, lógicamente, se puede extender por toda la vida del reo.



Derecho Penal y política criminal, pero sí asocia estos dos tipos delictivos, simplemente por su nomenclatura, a crímenes horripilantes, a aniquilación y exterminio. La inclusión del genocidio y la lesa humanidad en la reforma operada en el 2015 obedece, de nuevo, a una intención del legislador de salvar la constitucionalidad de su medida a base de ganarse el favor de la sociedad, que resulta convencida de que esos delitos contra la comunidad internacional tan deleznable son merecedores de una condena perpetua.

3. ALGUNOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS Y CONCURSALES DEL ASESINATO HIPERAGRAVADO

La LO 1/2015 vino a modificar sustancialmente la regulación de los delitos contra la vida humana independiente. Siguiendo la sistematización efectuada por PINTO PALACIO⁴⁴, estas son las principales novedades que la reforma supuso:

- Se agravó el delito de homicidio, imponiendo la pena superior en grado, en los siguientes supuestos: víctima menor de 16 o especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; homicidio subsiguiente a delito contra la libertad sexual; homicidio cometido por miembro de un grupo u organización criminal, y hechos constitutivos de un delito de atentado.
- Se elevó la pena máxima por asesinato de 20 a 25 años.

⁴⁴ ALONSO ÁLAMO, M.: "La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015", Cuadernos de Política Criminal, nº 29, 2015, pp.19-20.



- Se introdujo como circunstancia cualificadora del asesinato que el mismo fuera cometido para facilitar la comisión de otro delito, o para evitar que otro delito sea descubierto.
- Se introdujo una agravación (pena en su mitad superior) cuando concurriese más de una de las circunstancias del art. 139.2 del CP.
- Se creó la figura del asesinato hiperagravado, al que se asocia una pena de PPR.

3.1. Asesinato subsiguiente a delito contra la libertad sexual

La circunstancia establecida por el art. 140.1.2ª del CP es que el asesinato "fuere subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima" que, por tanto, es asesinada tras haber sido objeto de un comportamiento de naturaleza sexual no consentido. Habitualmente, se diría que nos encontramos ante un concurso real de dos delitos: contra la vida, y contra la libertad sexual⁴⁵. Sin embargo, ALONSO ÁLAMO observa, no sin razón, que cuando el legislador determina que un asesinato cometido tras un delito contra la libertad sexual llevará aparejada la imposición de PPR, no está castigando dos delitos diferentes -lo que sería deseable, a través de un concurso real-, sino que de alguna manera está haciendo que el asesinato funcione como una circunstancia

⁴⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A.: "Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi, 2015, p. 323.



agravante del delito contra la libertad sexual. Lo que para esta autora es un error, ya que "la realización de dos delitos no es nunca circunstancia"⁴⁶.

Por otra parte, cabe preguntarse cuál es el fundamento de esta configuración que, se entiende, es que el legislador consideró que el hecho de matar a una persona después de haber cometido un delito contra su libertad sexual merece un mayor reproche y una mayor condena, pero lo cierto es que no da razón alguna en la LO 1/2015. Para autores como ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL, no se pretendió sino contentar a la ciudadanía mediante el incremento de las penas de delitos particularmente execrables⁴⁷. Las críticas formuladas por la doctrina en este sentido se encaminan a la incoherencia que supone que el legislador haya castigado con PPR los ataques previos a la libertad sexual, pero no a otros "intereses personalísimos de la víctima"⁴⁸ que se afectan con otros delitos tales como la detención ilegal y el secuestro (donde el bien jurídico es la libertad deambulatoria del art. 17 de la CE), o el robo

⁴⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: "Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2015, p. 469.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F.: "El delito de asesinato tras la reforma penal del 2015", en CUADRADO RUIZ, M.A., ESPAÑA ALBA, V. y AOULAD BEN SALEM LUCENA, A.J. (coords.), Cuestiones penales. A propósito de la Reforma Penal de 2015, Dykinson, Barcelona, 2017, p. 28.

⁴⁸ MUÑOZ RUIZ, J.: "Delitos contra la vida y la integridad física", en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado, Dykinson, 2015, p.341.



cometido empleando violencia (cuyos bienes jurídicos son la propiedad del art. 33 CE y la integridad física del art. 15 CE)⁴⁹. Del mismo modo, tampoco parece coherente que se castiguen con PPR los atentados contra la vida que acaecen únicamente de manera subsiguiente a una vulneración de la libertad sexual, y no aquellos que ocurren de manera simultánea, como sería el caso de una violación tan brutal que acabara con la vida de la víctima durante el transcurso de la misma, o incluso aquellos casos en los que la muerte de la víctima se produce con carácter anterior, con intención de cometer una necrofilia⁵⁰.

Otra crítica que se podría formular es que el bien jurídico protegido, según el 1401.1.2ª reza, es la libertad sexual. Por lo que, haciendo una interpretación literal, no quedarían recogidos en este artículo los atentados contra la indemnidad sexual⁵¹, denominación dada al bien jurídico que protege el derecho a no verse involucrado

⁴⁹ Op. cit., p. 29.

⁵⁰ La protección que el bien jurídico indemnidad sexual confiere es la misma que la de la libertad sexual, cambiando únicamente su denominación para el caso de que la víctima sea menor.

⁵¹ Algunos autores afirman que el hecho de que la indemnidad sexual no se incluya expresamente en el tipo obedece más bien a un descuido del legislador, y no a una verdadera voluntad de excluir estas conductas. En este sentido, GARCÍA ARROYO, C., "Novedades de la reforma de 2015 en los artículos 138, 139 y 140 CP", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, 2015, p. 7. Pero, siguiendo una interpretación pura de los principios de legalidad y de taxatividad, estas conductas quedarían fuera de condena a PPR.



en actividades de índole sexual sin consentimiento en el caso de los menores de edad⁵². Esto es algo completamente carente de sentido, habida cuenta la férrea protección de la que los menores de edad gozan en nuestro Ordenamiento jurídico⁵³.

Finalmente, una última crítica que este art. 140.1.2ª puede plantear es que aglutina bajo la expresión "delitos contra la libertad sexual" un catálogo de conductas de muy diversa índole que se pueden producir en el seno de una relación de carácter sexual no deseada. Y es que una violación, una agresión sexual, o un abuso sexual comportan desvalores de acción bien diferentes⁵⁴. El tipo está formulado de manera tan amplia que no permite una adecuada sanción a estas conductas, y lo que se debería es o bien hacer una mejor explicación de las conductas de naturaleza sexual que tendrán aparejada una pena de PPR, o bien plantear un concurso real entre un asesinato y un delito contra la libertad sexual.

3.2. Asesinato cometido por miembro de grupo u organización criminal

El art. 140.1.3ª establece que también será considerado reo de PPR el autor de un delito de asesinato que "perteneциere a un grupo u organización criminal".

⁵² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: ob. cit. p. 469.

⁵³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A.: ob. cit., p. 324.

⁵⁴ Ibidem.



Antes de exponer los problemas que este precepto genera, es conveniente saber qué se entiende por grupo criminal y organización criminal.

En este sentido, el art. 570 bis del CP define la organización criminal como "la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". Y el grupo criminal es, según el art. 570 ter, "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

Explicado esto, cabe destacar que el fundamento de esta condena se encuentra en el mayor desvalor de resultado que entraña esta conducta delictiva, pues es determinante de pluriofensividad, como se explicó en el epígrafe segundo al hablar del terrorismo. Además, puede entenderse también que hay mayor desvalor de acción dada la mayor facilidad de los miembros de una organización o grupo criminal para ejecutar el delito (por ser varios sujetos, lo que facilita el reparto de las tareas, la obtención de los materiales para perpetrar el crimen, etc.), lo que entraña un aumento de la peligrosidad⁵⁵, pues un grupo de sujetos organizados con intención de delinquir pueden cometer un crimen de mayores dimensiones que el que pudiera hacer solo un individuo. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina estos

⁵⁵ Vid., entre otras, SSTC núm. 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.a); y núm. 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2.



argumentos no justifican el incremento de la pena, máxime cuando el legislador ha equiparado la pena por pertenencia del autor a una organización criminal a la de un grupo criminal, siendo que a la segunda se le asocia una pena menos grave que la primera: mientras que los delitos contra la vida cometidos por miembro de una organización criminal tienen una penalidad de cuatro a ocho años de prisión (ex. art. 570 bis del CP), los cometidos por miembro de grupo criminal son castigados con pena de prisión de dos a cuatro años (ex. art. 570 ter del CP). Y, sin embargo, en este caso castiga a ambos con PPR.

Al igual que el legislador agravaba con la imposición de la PPR el homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, en este se vuelve a hacer de un delito que debería castigarse separadamente, una circunstancia agravante. Dicho de otro modo, lo que debería tratarse como un concurso real entre un delito de homicidio y un delito de pertenencia a organización o grupo criminal, se trata como una agravación. Conviene reiterarse en las palabras de ALONSO ÁLAMO: "la realización de dos delitos no es nunca circunstancia"⁵⁶.

Al margen de estas cuestiones, con la redacción de este precepto se puede llegar a pensar que bastará con que un miembro de una de banda de criminalidad organizada perpetre un asesinato para que se le sancione con esta condena, independientemente de que la muerte fuera parte de las actividades de la organización criminal o se

⁵⁶ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: "El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable", *Revista Penal*, nº. 48, 2021, p. 207.



produjera por cualquier otra motivación interna del autor, al margen de su vinculación al grupo. Este precepto, interpretado literalmente, introduce en nuestro Ordenamiento una muestra de Derecho penal de autor, definido por el TC como uno “que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”, añadiendo también que “no sería constitucionalmente legítimo”⁵⁷. El legislador del 2015 parece que olvidó que nuestro Estado tiene un régimen de Derecho penal del hecho, basado en el principio de culpabilidad, que proscribiera toda sanción que se imponga al individuo por el mero hecho de apreciarse en él alguna característica que lleve al juzgador a hacer un juicio de reprochabilidad. La vigencia del principio de culpabilidad se traduce en que debe ser declarada inconstitucional toda norma y todo precepto que establezca una responsabilidad de tipo objetivo, castigando al autor de un delito no por sus acciones, sino por presentar en su personalidad algún rasgo que el legislador considere merecedor de represión.

Este es el caso del art. 140.1.3ª del CP, cuyo tenor literal castiga al autor no tanto por la gravedad de sus actos, sino por su sola pertenencia a un grupo de criminalidad organizada. Y es que si bien es cierto que la existencia de bandas terroristas es algo que merece una contundente respuesta penal, ni existía en 2015 una proliferación de las mismas ni de delitos cometidos por ellas que pueda justificar la inclusión de estas conductas entre las sancionadas con PPR, como ya se apuntó en el segundo epígrafe, ni se puede legislar de tal manera que

⁵⁷ LÓPEZ LORCA, B.: ob. cit., p. 606.



se conculquen algunos de los postulados más elementales del Derecho penal moderno.

3.3. El asesinato de más de dos personas

Finalmente, el art. 140.2 del CP establece que se castigará con PPR a aquel que "hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas". De este corto precepto legal, se pueden extraer hasta cuatro problemas diferentes.

En primer lugar, cabe cuestionarse cuál es el número de muertes que deben producirse para la aplicación de PPR. Al requerirse la muerte de "más de dos personas", se puede entender que serían necesarias, como mínimo, tres. Pero las dudas no acaban aquí, sino que autores como SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO observan que el precepto no aclara si "la PPR supone una pena conjunta para todos los asesinatos que se juzgan, o para cada uno de ellos, o solo la correspondiente al último, que concurriría con las que llevan aparejados los crímenes previos"⁵⁸.

En segundo lugar, al utilizarse el término "muerte", se equipara el asesinato en serie con el asesinato hiperagravado introducido por la LO 1/2015, independientemente del número de muertes superiores a dos que se cometan⁵⁹.

En tercer lugar, al hacerse referencia a "la muerte de más de dos personas" no se precisa cuál debe ser la

⁵⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ob. cit., p.151.

⁵⁹ Op. cit., p. 606.



calificación que reciban esas muertes. A este respecto el CGPJ realizó una interpretación restrictiva, en virtud de la cual "en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato"⁶⁰. Pero lo cierto es que podría llegar a entenderse, ante la inconcreción del tipo, que no importa la calificación jurídica que se haga de estos delitos, en tanto que bastaría con que una sola de las muertes fuera calificada como asesinato para aplicar la PPR por esta circunstancia. Ello se traduciría en una equiparación de los atentados contra la vida humana independiente que sean calificados como asesinatos con los que sean tenidos por homicidios, los cometidos por dolo con los cometidos por culpa o imprudencia, conculcando así el principio de proporcionalidad de las penas, como ya hiciera el precepto en que se tipifica la muerte del Rey. En cuarto y último lugar, se plantean dudas acerca del momento en que deben entenderse producidas las muertes, dado que al establecer el legislador que el reo de asesinato debe haber sido condenado "por la muerte de más de dos personas", sin más concreciones, no se aclara si sería necesario que hubiera sido condenado previamente por las muertes, en otras sentencias, o si se exige que todas ellas sean enjuiciadas en un mismo proceso penal, por unas mismas acciones delictivas delimitables, que terminen con la vida de más de dos víctimas⁶¹.

⁶⁰ ALONSO ÁLAMO, M.: ob. cit., pp.19-20.

⁶¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: ob. cit., p.467.



4. ESPECIAL ATENCIÓN AL ASESINATO SOBRE VÍCTIMA MENOR DE DIECISÉIS AÑOS O ESPECIALMENTE VULNERABLE POR RAZÓN DE SU EDAD, ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD

El art. 140.1.1ª sanciona con PPR el asesinato cometido sobre un menor de dieciséis años, o una persona especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o discapacidad. La redacción de este precepto genera dos problemas: de un lado, se produce un solapamiento entre las circunstancias recogidas en este tipo, pues un niño o una niña de corta edad se podría tener a su vez como "persona especialmente vulnerable por razón de la edad", y también, por supuesto, como "menor de dieciséis años". El tenor literal de este precepto duplica que la víctima debe ser menor de dieciséis, generando así una repetición innecesaria. De otro lado, la mala técnica legislativa seguida por el legislador puede llegar a conculcar uno de los principios del Derecho penal, y que no es otro que el non bis in ídem, recogido en el art. 8 del CP.

El fundamento del aumento de la penalidad asociada a estos delitos parece deberse a una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo, ya sea por su edad, por adolecer de alguna enfermedad, o por presentar algún tipo de discapacidad. El legislador entendió que estas circunstancias le situaban en una situación de desvalimiento o indefensión añadida. Este argumento es defendido por autoras como ALONSO ÁLAMO, quien considera que, efectivamente hay "un mayor desvalor de resultado y un mayor desvalor de acción", ya que estas



personas se encuentran, por sus circunstancias, en “una situación de desventaja”, por lo que, castigando más gravemente estas actitudes, no se hace sino fomentar “la igualdad real de las personas”⁶². Por el contrario, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ sostiene que no es correcto hacer “homogéneas” circunstancias tan dispares como tener menos de dieciséis años, y una discapacidad física o intelectual. A su entender, todo asesinato, independientemente de sobre quién sea cometido, merece la misma respuesta penal⁶³.

Otra cuestión controvertida se da con ocasión de la fijación de la edad de la víctima en dieciséis años. Bien es sabido que en nuestro Ordenamiento no existe un criterio uniforme para la delimitación de la edad a la que se entiende que el individuo toma plena conciencia de sus actos. Así, mientras que la mayoría de edad civil se alcanza con los dieciocho años, la edad a partir de la cual se comienza a responder penalmente de los hechos delictivos es cuando se cumplen los catorce, con la Ley Penal del Menor. Y lo cierto es que no parece haber un criterio que justifique la fijación de la edad. SÁNCHEZ DE LA TORRE no va más allá de explicar que “se presume la aptitud de un sujeto jurídico para ser legalmente capaz de producir ciertas consecuencias, atendiendo a aspectos de su experiencia que se hallan estrechamente

⁶² SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: “Influencia de la edad en la responsabilidad civil y penal”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, volumen 13, 2009, p. 120.

⁶³ MIR PUIG, S.: *Función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p.37.



ligados a la circunstancia de la edad⁶⁴, no siendo capaz de ofrecer mayores explicaciones a la disparidad de edades que en nuestro Ordenamiento se fijan.

Y ya no solo entre las diferentes ramas del Derecho, sino que dentro del CP tampoco parece haber consenso en torno a la edad de la víctima a partir de la cual se entiende que determinados delitos deben ser castigados con mayor severidad. Así, se establece que será reo del delito de lesiones agravadas aquel que las causara contra una víctima que "fuere menor de catorce años", ex. art. 148 del CP. El art. 165 del CP establece que la pena de prisión de cuatro a seis años será impuesta en su mitad superior cuando "la víctima fuere menor de edad". Otro ejemplo de estas incongruencias se encuentra en el art. 183 del CP, que castiga con pena de prisión de dos a seis años a aquel que "realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis". Por su parte, al art. 198 del CP impone la pena de uno a cuatro años en su mitad superior cuando el delito de descubrimiento o revelación de secretos se cometa sobre "un menor de edad". No existe, aparentemente, un criterio para otorgar una mayor protección a la víctima cuando su edad es catorce, dieciséis o dieciocho.

Con independencia de las razones que se estimaran para establecer la PPR para el asesinato cometido sobre un menor de dieciséis -que, visto el proceder del legislador, puede entenderse que es para ampliar el ámbito

⁶⁴ ARROYO ZAPATERO, L.: "Derecho Penal y Constitución (I)", en E. Demetrio Crespo (coord.), Curso de Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, p. 137 ss.



subjetivo de la PPR aún más-, si por algo ha sido ferozmente criticada la LO 1/2015 es por la posibilidad de incurrir en un supuesto de bis in ídem en nuestro Ordenamiento jurídico. Y es que la presteza con la que se redactó esta “reforma estrella” conllevó el descuido de los cimientos más elementales del Derecho Penal. Entre la promulgación de esta ley, en marzo de 2015, y la siguiente convocatoria de elecciones generales en España, en diciembre de ese mismo año, no mediaban más que nueve meses, y el legislador tuvo que darse mucha prisa en redactar esta norma, que sabía que le granjearía un buen número de votos, teniendo en cuenta que el sentimiento imperante en las sociedades, desde el inicio de los tiempos, ha sido el de la venganza y la retribución del mal causado. Sentimientos estos que, si bien no pueden reprocharse a la ciudadanía, sí al legislador, ya que, como afirma MIR PUIG, “en todo caso queda descartada, en el modelo de Estado que acoge la Constitución, una concepción de la pena que funde su ejercicio en la exigencia ético-jurídica de retribución por el mal cometido”⁶⁵.

La vigencia del brocado latino non bis in ídem implica que queda prohibido imponer al mismo sujeto más de una sanción por un mismo hecho, que se comete vulnerando un mismo bien jurídico. En palabras de ARROYO ZAPATERO, el principio es “expresión de la interdicción de la arbitrariedad en el actuar de los poderes públicos, pues nada más arbitrario que el terror penal, ya sea expresión del propósito del legislador, ya de su falta de

⁶⁵ Vid., por ejemplo, entre otras, SSTS núm. 1035/2012, de 20 de diciembre; 838/2014, de 12 de diciembre; 110/2015, de 14 de abril; y 253/2016, de 31 de marzo; y 716/2018.



cuidado técnico legislativo, variante última a la que suelen obedecer en la actualidad el nacimiento de supuestos non bis in ídem⁶⁶. La introducción de PPR en nuestro Ordenamiento penal, y los supuestos de bis in ídem que puede llegar a ocasionar, se debe precisamente a una defectuosa y atropellada técnica legislativa, cuestión a la que se prestará atención en el segundo apartado de este epígrafe, una vez establecidas algunas nociones sobre el concepto de alevosía.

4.1. El concepto de alevosía

La alevosía es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, contenida en el art. 22.1 del CP, que la define como el empleo en la ejecución del delito de "medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido". Es, por tanto, una circunstancia tendente a neutralizar la respuesta o autodefensa de la víctima, y al aseguramiento de la producción del resultado lesivo. Entraña un plus de desvalor de acción del autor, y por ello sirve para cualificar determinados delitos, como el de asesinato, tal como se establece en el art. 139.1.1ª del CP.

El precepto nada más establece acerca de los elementos que configuran la alevosía, por lo que ha sido la

⁶⁶ MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 635.



jurisprudencia del TS la encargada de perfilarla⁶⁷ y de establecer los elementos sobre los que se construye. Así, constituye doctrina de Sala que la alevosía se compone de cuatro elementos básicos:

- Elemento normativo: la alevosía solo puede aplicarse "a delitos cometidos contra las personas". En este mismo sentido, MIR PUIG, "según la fórmula del art. 22.1º, la alevosía solo es aplicable a los delitos contra las personas"⁶⁸.
- Elemento objetivo: los medios empleados deben ser "objetivamente adecuados para asegurarla, mediante la eliminación de las posibilidades de defensa". PEÑARANDA RAMOS sostiene que "es necesaria la idoneidad de los medios o modos empleados para asegurar la ejecución del hecho y excluir el riesgo derivado de posibles acciones defensivas por parte de la víctima".⁶⁹
- Elemento subjetivo: el autor debe pretender "asegurar la ejecución" e "impedir la defensa del acusado, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquel". En la misma línea, GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "la

⁶⁷ PEÑARANDA RAMOS, E.: "Asesinato", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), vol. 1, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 201.

⁶⁸ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español, Ed. Tirant lo Blanch, 2007, p. 124.

⁶⁹ MARTÍN GONZÁLEZ, F.: La alevosía en el Derecho español, Ed. Comares, 1998, p. 69.



opinión dominante exige para aplicar la alevosía la concurrencia de un elemento subjetivo: la finalidad de asegurar la ejecución y de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima⁷⁰

- Elemento teleológico: debe “apreciarse una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades”. MARTÍN GONZÁLEZ entiende que el elemento teleológico se verifica en tanto que haya una “intención del agente encaminada y ordenando los medios, modos y formas de ejecución a los fines de aseguramiento y de indefensión⁷¹”.

Una vez entendido lo que la alevosía significa, es de vital importancia conocer las clases de la misma que existen y que, de nuevo, han sido configuradas por la jurisprudencia. La sentencia que mejor recoge las clases de alevosía es la STS 215/2019, de 24 de abril, en la que se ofrece esta categorización:

- Alevosía proditoria, caracterizada por la existencia de un acecho, un apostamiento, una emboscada del sujeto activo sobre su víctima. Equivale a una “traición e incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada,

⁷⁰ CADENA SERRANO, F.A.: “El delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1 y 140.1.2 CP. Su problemática compatibilidad con el artículo 139.1.1. y 139.1.4 CP. Tensiones entre el principio de proporcionalidad y el de exhaustividad”, en L. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO (dir.), P. CHICO DE LA CÁMARA y J.L. PEÑA ALONSO (coords.), Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto, vol. 2, Ed. Aranzadi, 2021, p. 214

⁷¹m



situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquella no espera”.

- Alevosía súbita, inopinada o sorpresiva, que ocurre cuando el ataque se desencadena de improviso. “El sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina (...) suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible”.
- Alevosía doméstica o convivencial, en la que hay una confianza “proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado”. La víctima no espera una agresión de su conviviente y por tanto se produce una “relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día”.
- Alevosía de desvalimiento, consistente en “el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa)”.



La alevosía de este tipo implica que el atentado contra la vida es cometido aprovechándose de una desprotección del sujeto pasivo, ya sea por ser una persona de muy corta o avanzada edad, por una grave discapacidad, o por un encontrarse en un estado de semiinconsciencia o inconsciencia absoluta, ex. art. 139 del CP. En todo caso, el autor se vale de que sabe que las posibilidades de defensa de la víctima son limitadas, encontrándose aquel en una situación de manifiesta superioridad sobre esta.

4.2. La delimitación del asesinato hiperagravado del concepto de alevosía. ¿Un supuesto de non bis in ídem?

Una vez entendido lo que es la alevosía, el problema concursal que se podría llegar a generar con ella, como explica CADENA SERRANO, Fiscal de la Sala de lo Penal del TS, es que se dan supuestos de "compatibilidad entre el asesinato alevoso y esta circunstancia (en referencia a la alevosía), en todos aquellos casos en que la valoración

de la alevosía no se haya tenido en cuenta la edad o circunstancias típicas de vulnerabilidad de la víctima⁷²". Y es que al establecer el art. 139 del CP que "será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía", no se hace sino originar una complicada problemática que podría comprometer el non bis in ídem, en tanto que el juzgador no haga un buen trabajo de

⁷² Vid. STS núm. 700/2018, de 9 de enero, Fundamento de Derecho Tercero.



deslinde de la alevosía y el art. 140.1.1ª del CP. De no obrarse con cuidado, se puede llegar al supuesto de que se imponga una pena de PPR en virtud del desvalimiento de la víctima, siendo que la valoración de esa vulnerabilidad ya se habría tenido en cuenta para apreciar la alevosía del 139 del CP y, por tanto, analizándose los elementos típicos del delito de asesinato, no del asesinato hiperagravado.

Por supuesto, esta conculcación del principio del non bis in ídem no tiene por qué producirse en tanto que el juzgador deslinde correctamente los dos preceptos comprometidos. Pero el solo hecho de que en nuestro Ordenamiento se haya abierto la posibilidad a su vulneración ya es algo totalmente inaceptable. El juez no debería tener que hacer una labor de deslinde de preceptos para evitar incurrir en un flagrante atentado contra un postulado básico del Derecho Penal. Ello ya debería venir hecho por el legislador, que debería recordar que el modelo penal de España se caracteriza por el garantismo de los derechos del reo.

Cómo se produce este deslinde es algo que se logra limitando la amplia interpretación de la alevosía efectuada por la jurisprudencia, para apreciarla únicamente en los supuestos en los que el autor escoge a una víctima de corta edad o especialmente vulnerable a fin de asegurarse la producción del resultado. Ilustradoras las palabras de MORALES PRATS, que considera que es precisamente en el elemento tendencial donde reside la diferenciación entre la causación de la muerte con alevosía y la causación de la muerte con



abuso de superioridad⁷³. Solo se considerarían alevosas las agresiones en las que el autor haya causado la muerte a un menor o persona especialmente vulnerable “empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. Es decir, si el autor ha buscado los medios de ejecución o, especialmente, si ha elegido a la víctima por presentar una especial vulnerabilidad que le impida defenderse, la causación de la muerte será alevosa. Por el contrario, si el sujeto no escogió a su víctima por esa facilidad para neutralizarla, ni ha buscado medios de ejecución tendentes a la aseguración del resultado, sino que ha coincidido que es una víctima en situación de inferioridad, no deberá apreciarse alevosía⁷⁴.

4.2.1.La solución dada por el Tribunal Supremo. La STS núm. 700/2018, de 9 de enero.

Ejemplo de cómo se logra evitar el bis in ídem es la STS núm. 700/2018, de 9 de enero, que confirma la sentencia recurrida del TSJ de la Comunidad Valenciana, que a su vez confirma la sentencia de la AP de Alicante. El acusado era condenado por la AP de Alicante a diecisiete años y ocho meses de prisión por cometer tres delitos de asesinato en grado de tentativa, siendo uno de ellos hiperagravado, ex. art. 140.1.1ª del CP, al ser la víctima menor de dieciséis. El acusado entró sin

⁷³ MORALES PRATS, F., “Del homicidio y sus formas”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), Comentarios al Código Penal español, Ed. Cizur Menor, 2016, p. 53.

⁷⁴ Ibidem



permiso en el domicilio donde vivían un matrimonio y su hijo, de tres años, en repetidas ocasiones, con un juego de llaves, debido a la obsesión que tenía hacia la mujer. En cada una de estas intromisiones ilegítimas, envenenaba la comida con un plaguicida peligroso, que puede llegar a ser letal si la ingesta del mismo se produce en grandes cantidades. El dolo del autor era el de acabar con la vida de las tres víctimas, asegurando sus muertes a través del envenenamiento, que finalmente no llegó a producirse gracias a que la cantidad de plaguicida suministrada no era suficiente para la causación de la muerte, por lo que los delitos se impusieron en el grado de tentativa.

El acusado fundó su recurso de casación ante el TS en hasta diez motivos diferentes, de los que ahora interesan dos.

El primero de ellos es que se le había condenado como reo de sendas tentativas de asesinato, para lo que es preceptiva la concurrencia de alevosía que cualifique la genérica acción de causar las muertes de las víctimas. La defensa consideraba que tal alevosía no había concurrido: el condenado no se representó la posibilidad de que con el veneno pudiera matarlos, ya que según él sabía, dicho veneno requería ser ingerido en grandes cantidades para producir la muerte, y él siempre les suministraba menos. Por lo que fundamenta que "teniendo en cuenta la improbabilidad de causación de resultado, con base a la prueba pericial practicada, no se habría utilizado un modo objetivo adecuado para el aseguramiento de la acción y tampoco concurriría el dolo o elemento subjetivo proyectado respecto del mismo. Y ello, atendiendo a que, dada la inidoneidad concreta y



específica de la sustancia incautada, no se habría empleado un medio asegurativo de resultado alguno, y, en particular, de la muerte⁷⁵. Ergo, ante la no concurrencia ni del elemento objetivo ni del subjetivo de la alevosía, no se podía entender que esta concurriera. Y, por ende, al no haber alevosía, no se le podía imputar como reo de asesinato, ni mucho menos de asesinato hiperagravado por la tentativa sobre el menor.

El segundo motivo del recurso que se destaca por su relevancia para explicar los problemas que la reforma de 2015 puede generar es el siguiente: la defensa alegó como motivo subsidiario que, si el juzgador no resultaba convencido por el argumento de que el actuar del acusado no fue alevoso, y estimaba por tanto que sí medió alevosía, hiciera una correcta valoración de la misma. Pues, según entendía la defensa, al establecer una penalidad superior para la tentativa de asesinato cometida sobre el menor, si bien se estaba condenando por el art. 139.1 del CP, para imponer el quantum se estaba entrando a valorar un elemento de un precepto diferente, del 140.1.1ª del CP. Esto es, entendía que estaba incurriendo en un bis in ídem, pues se había apreciado una misma circunstancia, como es la corta edad de la víctima, para calificar los hechos como delito de asesinato del 139.1.1ª del CP -impuesto en grado de tentativa-, pero también a la vez para hiperagrarar el tipo y las consecuencias penológicas⁷⁶.

El TS resolvió en la sentencia que ninguno de estos motivos de recurso podía prosperar, en base a la

⁷⁵Ibidem.

⁷⁶ Ibidem



siguiente argumentación. Respecto del primer motivo, los Magistrados entendieron que era sobradamente conocido por el acusado la letalidad de la sustancia empleada, además de que los envenenamientos se habían producido de manera premeditada durante las ausencias de los habitantes del inmueble, por lo que sí había actuado con alevosía. Como dicen, “concurren por tanto las notas de letalidad, insidia, cobardía, imposibilidad de defensa frente a un peligro oculto y fácil logro de la impunidad, caracterizadoras de la alevosía⁷⁷”.

Respecto del segundo motivo, entendieron que en la aplicación del tipo de asesinato del art. 139.1.1ª respecto al hijo, la AP de Alicante no había valorado con carácter previo su edad para agravar la responsabilidad criminal, por lo que no se vulnera el principio non bis in ídem en la condena que se le impone. Como dicen, “las mismas circunstancias apreciadas para calificar alevosa

⁷⁷ Sí es cierto que, si se revisan las penas impuestas por las tentativas de asesinato, se aprecia que la penalidad es ligeramente superior en el caso del menor, pues mientras que se imponen tres años y nueve meses de prisión por cada tentativa de asesinato de cada cónyuge, la tentativa de asesinato del menor es sancionada con diez años de prisión. El fundamento de ese leve incremento de la penalidad -de tan solo tres meses- en el caso del menor ha de entenderse que es por el mayor reproche que esta misma conducta puede entrañar efectuada sobre un niño de tan solo tres años de edad, pero no porque se haya incurrido en un bis in ídem al valorar la edad. Se ha de recordar que, dentro del máximo y del mínimo de pena que el tipo acota, el juez tiene libertad para la fijación de la misma, atendiendo a las circunstancias del caso y el mayor desvalor de acción que pueda apreciar, en tanto que sea razonable.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

la acción ejecutada frente a sus progenitores han sido utilizadas para calificar igualmente alevosa la acción ejecutada frente al mismo⁷⁸.

La sentencia dictada por el TSJ confirmando la sentencia de instancia decía que se "toma en consideración para apreciar la existencia de alevosía en el intento de acabar con las vidas el hecho de que el acusado allanara de forma reiterada y subrepticia la vivienda de sus víctimas vertiendo sustancias tóxicas que podían causar la muerte en los alimentos que iban a consumir confiadamente, la confianza de las víctimas en la normalidad de su hogar, una sorpresiva e inopinada intromisión agresiva, la indefensión de las víctimas, y la ausencia de riesgo para el agresor⁷⁹". Dicho de otro modo, el hecho de que una de las víctimas fuera menor de dieciséis años no había

⁷⁸ Este caso fue muy mediático ya que se trató del primer caso de imposición de PPR en las Islas Canarias, y estaba revestido de una crueldad extrema: las puñaladas provocaron heridas en cuello, corazón, pulmones e intestino, provocando la muerte por desangramiento. Además de ello, los golpes que le propinó le rompieron nariz, mandíbula y varias piezas dentales. Es manifiesta la concurrencia de ensañamiento, pues se aumentó el dolor de la víctima de manera inhumana. De otro lado, el hecho de que el autor se presentara en el domicilio del anciano, saltándole encima de manera sorpresiva con un cuchillo y haciéndole caer al suelo, y siendo conocedor además de que su capacidad de reacción era más lenta y torpe, es determinante de alevosía, en este caso, súbita o inopinada. Más información sobre las circunstancias del caso disponible en: *Condena de prisión permanente revisable, la primera en Canarias, para el asesino del abuelo de Icod de los Vinos* (eldiario.es) (última consulta 03/05/2022).

⁷⁹ Vid. STS núm. 716/2018, de 16 de enero, Fundamento de Derecho Séptimo.



sido considerado por el autor en modo alguno para el aseguramiento de la muerte. Simplemente, se daba la casualidad de que una de las víctimas era menor de esa edad, pero él no había orientado su conducta bajo la idea de producir la muerte de un menor. A la alevosía con la que emprendió la acción de envenenar la comida se le superpuso, casualmente, la circunstancia de que una de las víctimas era menor de dieciséis.

En la sentencia de la AP se había resuelto que el autor no había apreciado de manera especial que una de las víctimas fuera una persona de corta edad, sino que iba a cometer el hecho usando el mismo procedimiento para todos ellos. Por ello, entendieron en la AP que el autor no incurría en la circunstancia del apartado 1ª del art. 140.1 del CP para calificar el ataque como alevoso. Y por tanto, no se incurría en un bis in ídem, pues "las mismas circunstancias para calificar alevosa la acción ejecutada frente a sus progenitores han sido utilizadas para calificar igualmente alevosa la acción ejecutada frente al mismo". Esto es, la condena que se le impuso por la tentativa del asesinato del menor venía fundada en una genérica alevosía por desvalimiento del art. 139.1.1ª del CP, y en modo alguno se había entrado a valorar que la víctima fuera menor de dieciséis años, lo que supondría haber entrado a analizar la circunstancia primera del art. 140.1 del CP y por tanto, agravar la responsabilidad a través de una doble valoración de la misma circunstancia⁸⁰.

Caso distinto es el de la STS 716/2018, de 16 de enero. En ella, se estima el recurso de casación formulado

⁸⁰ Ibidem.



contra la SAP Santa Cruz de Tenerife 100/2018, de 21 de marzo, en la que se condenaba al autor a PPR por un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del CP. El acusado asesinó al abuelo de su exnovia de 66 años, quien presentaba graves alteraciones del lenguaje y marcha inestable tras sufrir un ictus. La muerte se produjo por desangramiento, al asestarle el acusado más de treinta puñaladas con arma blanca y propinarle golpes con varios objetos⁸¹, tras hacerle caer al suelo mediante un fuerte empujón. El condenado presentó recurso de apelación al TSJ de Canarias fundamentado en que la circunstancia de alevosía de desvalimiento ya se había valorado para aplicarle la pena del artículo 140.1.1.^a del CP y, por tanto, se estaba incurriendo en un bis in ídem.

La Sala determinó que había lugar a la estimación parcial del recurso, con la consecuente rebaja penológica, de modo tal que revocó la condena a PPR y la sustituyó por una de 24 años, ex. art. 139.2 del CP. Y ello, debido a que estimaron que la AP y el TSJ habían incurrido en un bis in ídem en la valoración de las circunstancias del art. 139.1.1.^a y del 140.1.1.^a del CP.

En este caso, la indefensión de la víctima provenía de la conjugación del ataque sorpresivo con la especial situación de vulnerabilidad que presentaba el anciano dadas sus dificultades de movilidad. Los Magistrados explican que no todo empujón, por sí mismo, es suficiente para dejar a la víctima en situación de indefensión, sino que la vulnerabilidad en este caso era apreciable por la "enorme inestabilidad de la víctima y facilidad para caerse al suelo (...) restando boca arriba,

⁸¹ Ibidem.



tras caer al suelo, sin reaccionar defensivamente u poner resistencia alguna, ni siquiera para variar o adoptar postura más recogida o que le cubriera la cara (como indica la intensidad de los descarnados y lacerantes vestigios resultantes de los golpes y puñaladas propinadas), de igual modo, también se explica por la dificultad de movilidad de la víctima, derivada del ictus sufrido. Mientras que la enorme dificultad para hablar le impidió gritar y demandar socorro”⁸².

Y la argumentación esencial la proporciona la Sala cuando en la sentencia dice que “en autos, la situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía”⁸³. Por tanto, al ser “inescindible” la discapacidad de la víctima de la propia naturaleza del ataque sorpresivo, no se podía estimar la hiperagravación del art. 140.1.1ª, la situación de vulnerabilidad, pues hacerlo supondría valorar dos veces una misma circunstancia. La propia discapacidad motora

⁸² Extraído de Las Provincias. El Supremo refuerza la aplicación de la prisión permanente revisable en asesinatos de menores | Las Provincias (última vez consultado el 01/06/2022).

⁸³ Extraído de Información. El Supremo vuelve a imponer la prisión permanente revocada por el TSJ a la pareja que mató a un niño en Elche - Información (informacion.es) (última vez consultado el 01/06/2022).



y de habla del anciano es la que determinó la indefensión ponderada en la alevosía, que cualificó el asesinato.

Esta Sentencia es de una importancia capital, puesto que en ella el Magistrado ponente, D. Andrés Palomo del Arco, hace mención al Informe al Anteproyecto del CGPJ que ya se ha citado varias veces a lo largo de este Trabajo. Y se refiere a él para reprochar al legislador que, como ya advirtiera el CGPJ, la circunstancia primera del art. 140.1 del CP introducida por la LO 1/2015 “evidenciaba una tendencia al non bis in ídem, pues buena parte de los supuestos a los que se refiere (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma”⁸⁴.

Por todo ello, dado que la naturaleza sorpresiva del ataque, de un lado, y la discapacidad motora y del habla que la víctima padecía, de otro, habían contribuido de igual manera a situarle en una posición de especial vulnerabilidad, no se puede valorar su desvalimiento dos veces.

⁸⁴ En este sentido, GARCÍA RIVAS, N.: ob. cit, p. 665. El Catedrático resalta que “el art. 25.2 CE (...) enlaza con el carácter inhumano y degradante de cualquier pena que no ermita el recluso una reeducación mediante el oportuno tratamiento y que, después, no facilite la reinserción”. Es por ello que no debe olvidarse la “importancia de los mecanismos de reeducación para la humanidad de la pena” y remarcar que “los arts. 25.2 y 15 de nuestra Constitución resultan vulnerados de manera flagrante por un sistema legal que, como se ha señalado, establece criterios para la revisión que nada tienen que ver con un análisis propio de la individualización sobre la reeducación del condenado”.



La vulnerabilidad de la víctima sí era, en este caso, buscada por el autor (no como en el caso de la sentencia anterior, donde la circunstancia del art. 140.1.1ª de ser menor de dieciséis era mera coincidencia) para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio. Por lo que, si la Audiencia de instancia apreció alevosía por la discapacidad del anciano para cualificar el asesinato, y volvía a ponderar esa vulnerabilidad en el ataque sorpresivo, incurrió en una conculcación del principio non bis in ídem. En consecuencia, el recurso de casación se estimó en este extremo, y conllevó la revocación de la condena a PPR.

Finalmente, no resta más que añadir que a través de la contraposición de estas dos Sentencias del Alto Tribunal, no se ha querido sino evidenciar que la línea que separa una y otra circunstancia es muy delgada, y que las probabilidades de que el juzgador pueda incurrir en un supuesto de bis in ídem son muy altas, en tanto que en cada caso no haga una compleja labor de valoración de la alevosía del 139.1.1ª del CP -en sus diversas modalidades- y la circunstancia de víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, del 140.1.1ª del mismo cuerpo legal.

No se puede excusar al legislador de su responsabilidad cargando al juzgador con la dificultad de dirimir, en cada supuesto, si la especial vulnerabilidad de la víctima ya se ha valorado o no, lo que constituye una exigencia básica del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad penal. Desde el legislativo, las normas deben venir redactadas con claridad, sin ambigüedades, sin términos



oscuros ni conceptos jurídicos indeterminados, en atención a la vigencia de los principios de legalidad y de taxatividad. Y por supuesto, toda norma debe respetar los principios que sean dogmas incuestionables de la rama del Ordenamiento de que se trate, más aún si nos encontramos en el ámbito penal, donde se debe procurar todavía más que los principios básicos se respeten, dada la mayor restricción de derechos que supone para el reo.

4.2.2. La posición del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Finalmente, cabe reseñar que la elaboración de este Trabajo se ha realizado en base a las dudas que se venían suscitando desde 2015 acerca de la posibilidad de incurrir en un supuesto de bis in ídem, dada la coexistencia en el mismo cuerpo legal del art. 139.1.1ª con el art. 140.1.1ª.

La cuestión parecía no tener una solución clara, hasta que el Pleno del TS se pronunció en la Sentencia de 31 de mayo de 2022. Sentencia que a fecha de elaboración del presente Trabajo no ha sido publicada, pero de la que sí se conoce su fallo: la Sala ha determinado que sí existe compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento y la PPR, por lo que la apreciación conjunta de ambas circunstancias no supone condenar dos veces por unos mismos hechos. Es por ello que lo expuesto en el epígrafe cuarto podría haberse quedado desfasado en algunas cuestiones.

En la Sentencia del TS, los Magistrados estiman el recurso interpuesto por la acusación particular y al que



se había adherido el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana. El caso es el siguiente.

La AP de Alicante condenó a la pena de PPR a la madre de un menor de tan solo dos años, Aarón, y a su pareja sentimental, como reos de delito de asesinato con agravante de parentesco y de un delito de malos tratos habituales con agravante de alevosía. Según resultó probado, el padrastro, José Antonio P. V., propinó golpes brutales al menor, para luego estrangularlo, acabando con su vida. La madre, Cristina J. M., estaba presente, y lo consintió. Debido a la corta edad del pequeño (2 años), la madre estaba en posición de garante, teniendo el poder de parar la agresión, o al menos intentarlo. Por tanto, su condena no era como autora material del delito, sino como autora de un delito de comisión por omisión⁸⁵.

La sentencia fue recurrida en apelación por la defensa, ante el TSJ de Comunidad Valenciana, fundando su recurso en que el padrastro “no quería directamente causarle la muerte”, sino que “tenía esa forma de educar”, a través del maltrato, y además, en que la pena impuesta incurría en un bis in ídem, pues se estaba imponiendo la PPR (art. 140.1.1ª) cuando ya se les había aplicado la agravante de alevosía por desvalimiento (art. 139.1.1ª), al asesinar a una persona de tan corta edad y con nulas posibilidades de defensa. Los Magistrados estimaron el recurso y revocaron la pena de PPR, en base a dos motivos.

⁸⁵ LÓPEZ LORCA, B.: ob. cit., p. 601.



En primer lugar, que se trata de una condena "extrema" que este caso no podía aplicarse, debido a que no concurrían las notas de carácter "excepcional" y de "especial gravedad" que la imposición de la PPR exige.

Y, en segundo lugar, porque los condenados llevaron al niño al hospital cuando se percataron de la gravedad de su estado, por lo que la actitud era merecedora de una atenuante de reparación del daño, aunque finalmente ello no sirviera para evitar la muerte del pequeño. Ambas razones hicieron que los Magistrados del TSJ aplicaran una rebaja penológica y, por tanto, se sustituyera la condena a PPR por 23 años de cárcel a cada uno de los condenados, veinte por asesinato y tres por los malos tratos⁸⁶.

Recurrida la sentencia en casación, el Pleno de la Sala de lo Penal del TS ha revocado hace unos días la sentencia del TSJ, y ha estimado íntegramente la resolución de la AP de Alicante, por tanto, se ha vuelto a imponer la PPR y se ha confirmado así que la imposición de esta pena a perpetuidad es compatible con la apreciación de alevosía en el asesinato de un menor de edad, sin que se vulnere el principio non bis in ídem.

Si esta sentencia será suficiente para acallar las críticas acerca de vulneración del principio de no ser castigado dos veces por un mismo hecho es algo que solo se podrá constatar en la práctica judicial diaria. Con esta reciente

⁸⁶ Extraído de Diario El Mundo. Disponible en: Un grupo de condenados a cadena perpetua en Italia pide que se le cambie por pena de muerte | elmundo.es (última vez consultado el 18/05/2022).



resolución del TS parece que las dudas se disipan, al menos en parte, pero de lo que no cabe duda es de que, como se ha justificado en este Trabajo, la reforma del 2015 sigue siendo una abominación. Si bien en cuanto al problema de bis in ídem parece que se ha ofrecido una solución (que personalmente sigue sin convencerme), esta pena todavía sigue presentando numerosísimos problemas en todos los preceptos en los que se impone, y a los que el legislador debería dar una pronta solución, para que el garantismo de nuestro sistema penal no se siga desdibujando aún más.

5. CONCLUSIONES

La reforma de 2015 supuso un claro endurecimiento del CP, que no responde tanto a un incremento en los índices de criminalidad como a un deseo de contentar a la sociedad que, movida por el sentimiento, aplaude el incremento de las penas. El legislador ha creado así un Derecho Penal que, si bien no es de autor, sí se le asemeja. Ha creado un sistema plagado de problemas interpretativos, de fundamentación y concursales que no parece tener intención de corregir, y que, a mayor abundamiento, el TC ha refrendado. Ni sirvieron las quejas de la Doctrina, ni del CGPJ, para evitar la creación de una caótica regulación plagada de términos imprecisos cuya tarea de concreción se ha delegado sobre los Tribunales, que no deberían tener la responsabilidad de "hacer" la norma, pues ello pone en peligro su independencia, además del contenido de la potestad jurisdiccional que el art. 117 de nuestra Carta Magna les atribuye.



Por si no fuera suficiente, el legislador ha introducido preceptos difícilmente compaginables con otros preexistentes que no se ha molestado en eliminar, como es el caso de la superposición de las circunstancias de víctima especialmente vulnerable analizadas en el epígrafe tercero, dando lugar a problemas concursales inaceptables.

Además de todo ello, la PPR sería contraria a los arts. 15 y 25.2 de la CE, los derechos fundamentales a la integridad física y moral (con prohibición de las penas inhumanas o degradantes) y a la reeducación y reinserción social, respectivamente⁸⁷. Es alarmante que en Estados de Derecho tan consolidados como el español se permita una pena de estas características.

El Estado debe, en todo caso, garantizar una respuesta adecuada y proporcional a los delitos, pero también debe de asegurar la virtualidad material de los deberes y los derechos fundamentales que en la CE se reconocen; derechos que son básicos y se le deben a cada ser humano por el mero hecho de serlo. Con la PPR, el legislador evidenció que no es proclive a pensar que un criminal pueda volver a vivir en sociedad, sometiéndole a una pena que es, a todas luces, inhumana y contraria a esa reinserción que, se supone, se debe pretender. Desde 2015, España da a entender al resto del mundo

⁸⁷ Concretamente, el art. 3 del CEDH establece que "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Por su parte, el Protocolo nº 13 del CEDH, ratificado por España el 16 de noviembre de 2009, se rubrica "relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia".



que, con su sistema penal, involuciona y se radicaliza, abandonando toda esperanza de creer que toda persona puede, si bien no hacer suyos los ideales y valores de la sociedad, sí respetarlos. El condenado quedará recluso por un periodo mínimo de 25 años, ex. art. 76 del CP, sometido a una pena que es potencialmente perpetua y de la que solo podrá escapar si el tribunal considera que goza de algo tan subjetivo como un "pronóstico favorable de reinserción social" (art. 92 del CP). Además de tener que verificarse tan abstracta condición, el interno condenado a PPR se encontrará otras tantas dificultades para obtener permisos de salida, para progresar al tercer grado, y para pasar el examen de la revisión de la condena. Cada uno de estos tres ítems presenta una serie no de requisitos-lo que sería admisible-, sino de impedimentos y dificultades que harán muy complejo el acceso a la libertad del interno, apartado para siempre de la sociedad, y al que se condena hasta el fin de sus días al repudio y al olvido.

Algo que LÓPEZ LORCA explica a la perfección cuando afirma que "cuanto más duro es el modelo penológico de cadena perpetua, más puede ser esta comparada con una pena de muerte en la medida en que, ante la imposibilidad de eliminar físicamente al sujeto, se opta por una muerte virtual mediante una privación de libertad ilimitada o cuasi-ilimitada"⁸⁸. La "muerte virtual" a la que la autora se refiere es una realidad, como evidencian los testimonios de condenados a prisiones

⁸⁸ RÍOS MARTÍN, J.: La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad, Ed. Gakoa Liburuak, 2013, pp. 52-53.



perpetuas, en este caso la italiana, que solicitaron en el 2007 que su pena fuera transformada en una pena de muerte, ya que lo preferían a “morir un poquito cada día”. Para este grupo de presos, esta condena -que no se diferencia tanto de la española- es “una muerte bebida a sorbos. Es una victoria sobre la muerte porque es más fuerte que la propia muerte”⁸⁹. Las prisiones perpetuas aparentemente constitucionales que se han ido creando en el entorno europeo no son sino la “lícita manera” que los Estados han encontrado para deshacerse de los sujetos, ante la prohibición absoluta de la pena de muerte y de las penas o tratos inhumanos o degradantes que el CEDH impone⁹⁰.

En estrecha relación con las palabras de LÓPEZ LORCA, RÍOS MARTÍN afirma que una reclusión de estas características entraña importantes consecuencias psicológicas para el reo, quien acabará sufriendo el síndrome de indefensión aprendida, esto es, que se convencerá de que “haga lo que haga, todo va a dar igual. En cualquier momento de la condena y aunque se pueda hacer constar en el expediente un buen comportamiento, cabe la posibilidad de que, por la violencia contextual, por la conducta de otros presos, por la angustia, o por la propia vulnerabilidad psicológica, en cualquier momento pueda brotar una reacción violenta y, como consecuencia, cerrarse cualquier expectativa de una libertad. Se genera así una gravísima indefensión en

⁸⁹ Información extraída de Candela y Amaia, sin precedentes - Revista Rambla (última consulta 14/04/2022).

⁹⁰ Información extraída de La suprema confirmación de la grave condena de Ana Julia Quezada | Penal | LawAndTrends (última consulta 05/06/2022).



la mente de ese ser humano hasta el límite donde reside su dignidad⁹¹. Quedaría así vulnerado el derecho fundamental a la dignidad, del art. 10 de la CE.

Pese a todos los vicios y problemas de los que adolece esta regulación, no se puede dejar de reconocer que argumentar que esta pena debería desaparecer es una tarea verdaderamente complicada, al confrontarse realidades tan radicalmente opuestas como los sentimientos y la racionalidad. La construcción de un sistema basado en la justicia, o bien alimentado por la venganza y el castigo. La seguridad de la ciudadanía, contra la reinserción del criminal.

Es fácil dejarse llevar por la venganza y el odio, y por tanto parece ilógico sostener que esta pena no debería existir, cuando tanto dolor producen los crímenes de las niñas Candela y Amaia (9 y 4 años respectivamente), asesinadas el 31 de julio de 2015 por su padre, David Oubel, erróneamente apodado "el parricida de Moraña", -primer condenado a PPR en nuestro país-⁹², el de Ana Julia Quezada, quien mató al hijo de su pareja (el "pececito" Gabriel), con tan solo 8 años de edad, o el de Diana Quer, cuyo asesino, "el Chicle" la detuvo ilegalmente, la agredió sexualmente, y finalmente la mató, ocultando su cadáver durante más de un año. Los

⁹¹ Información extraída de El caso Diana Quer: el crimen que reavivó el debate de la prisión permanente revisable (elconfidencial.com) (última consulta 05/06/2022).

⁹² MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.7.



casos que han conllevado la aplicación de la PPR nos conmocionan, horrorizan y hacen desear la condena más grave para sus autores.

Pero al margen de estas cuestiones de índole moral y sentimental, se hace imprescindible reflexionar atendiendo a datos objetivos, y es que nuestro país es uno de los que pueden presumir de una baja tasa de criminalidad. En este contexto, ¿es necesaria realmente una pena tan severa? Máxime teniendo en cuenta que ya disponemos de un límite máximo de cumplimiento en prisión que alcanza los 40 años, y que el sistema ha endurecido desproporcionadamente los requisitos para el acceso a la libertad condicional. No parece que haya justificación razonable para esta pena, más allá de sentimientos vindicativos y políticas populistas, que dicen aquellos mensajes que saben que más van a calar en la ciudadanía, todavía convencida de que la reclusión de libertad va ligada a la idea de reconfortar el dolor de las víctimas, y a una cuasi-expiación de los pecados cometidos. Mensajes estos que, a la postre, tienen su traducción en unos cuantos miles de votos para el partido político que lo contenga en su programa electoral.

Y es que estamos asistiendo, en España y en el resto de Europa, a un auge de populismos, de discursos que vuelven a ligar la moralidad y el Derecho, olvidando que el fin último del Derecho Penal no es satisfacer a la víctima ni a sus familiares, sino procurar que el que ha causado un mal pueda volver a vivir en comunidad sin reincidir en las mismas conductas. Por supuesto, ello no supone afirmar que el Estado deba olvidar a las víctimas, ni dejarlas desprovistas de todo apoyo institucional. Pero



desde este Trabajo sí se considera oportuno recordar a determinados sectores políticos dos cuestiones. La primera, que si toda rama del Derecho debe basarse en criterios de justicia y racionalidad, y toda norma debe elaborarse con sumo cuidado y diligencia, en el caso del Derecho Penal con aún más razón, como ya se ha dicho anteriormente, por la restricción de derechos elementales que comporta para el individuo. Y la segunda, que nuestro Estado está constituido sobre la base de la separación de poderes -legislativo, ejecutivo y judicial-, lo que implica que no pueden producirse injerencias de unos sobre otros. Con ello, no se pretende atacar a ningún grupo ni sector político en concreto, pero resulta imprescindible remarcar esta idea dada la creciente tendencia en la política criminal española a no solo usar crímenes mediáticos como pretexto para endurecer nuestra normativa penal, sino también a, públicamente, hacer lecturas políticas de las resoluciones judiciales, siendo que los jueces son "independientes" y están "sometidos únicamente al imperio de la ley", ex. art. 117.1 de la CE.

En este contexto, cabe preguntarse si el Estado que deseamos es uno que somete su CP a constantes modificaciones, cada vez más tendentes al endurecimiento del sistema, a golpe de noticiario, para intentar resarcir de alguna manera a las víctimas. Si ello disuade de la comisión de los delitos más cruentos. En definitiva, ¿qué razón justifica la creación de la PPR? ¿Satisfacer a las víctimas y disuadir de la comisión de los delitos más graves es realmente posible a través de esta condena? En este sentido, me inclino a pensar como MUÑOZ CONDE, que afirma convencido que "el aumento de las penas hasta límites rayanos en la exasperación



punitiva no va a servir de reparación retroactiva del daño que las víctimas han sufrido, o de prevención de los daños futuros que puedan causar sucesos imprevisibles y difícilmente evitables a partir del incremento de sanciones punitivas”.

A lo largo de este Trabajo se han citado las opiniones y análisis de importantes referencias en el mundo del Derecho Penal, donde las palabras “venganza” y “sentimientos vindicativos” se repiten con frecuencia. Y es que las cuestiones formuladas en el párrafo anterior solo pueden resueltas si los que crean la norma, los que la aplican, y los que la han de acatar, comprenden cuál es la verdadera finalidad del Derecho Penal: la Justicia, sobre la Venganza.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Obras doctrinales:

ABEL SOUTO, M.: “Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLIN

EVANGELIO, A. (coords.), Comentarios a la Reforma Código Penal de 2015, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

ALONSO ÁLAMO, M.: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015”, Cuadernos de Política Criminal, nº 29, 2015.



ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A.: "Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)", en

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi, 2015.

ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y PÉREZ MANZANO, M.(eds.): Contra la cadena perpetua, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2016. BUESA BLANCO, M.: "ETA: Estadística de actividades terroristas. Edición 2012", en Instituto de Análisis Industrial y Financiero. Documento de trabajo nº 87/2013. CADENA SERRANO, F.A.: "El delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1 y 140.1.2 CP. Su problemática compatibilidad con el artículo 139.1.1. y 139.1.4 CP. Tensiones entre el principio de proporcionalidad y el de exhaustividad", en L. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO (dir.), P. CHICO DE LA CÁMARA y J.L. PEÑA ALONSO (coords.), Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto, vol. 2, Ed. Aranzadi, 2021.

CANCIO MELIÁ, M. (et al.): "Debate. Terrorismo, contraterrorismo y derechos humanos", Anuario de Derechos Humanos, nº 12, 2016.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Prisión permanente revisable. II", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.),

GÓRRIZ ROYO, E. y MATA LLIN EVANGELIO, A.(coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "La prisión permanente revisable. principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español", Revista de Derecho Penal y Criminología, nº. 10, 2013.

DE LEÓN VILLALBA, F.J.: "Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución", en DE LEÓN VILLALBA, F.J, (dir.) y LÓPEZ LORCA, B. (coord.), Penas de prisión de larga duración, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

FUENTES OSORIO, J.L.: "¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente revisable: el modelo vigente y la propuesta de reforma", Revista de derecho constitucional europeo, nº. 21, 2014.

GARCÍA ARROYO, C., "Novedades de la reforma de 2015 en los artículos 138, 139 y 140 CP", Revista General de Derecho Penal, n.º 23, 2015.

GARCÍA RIVAS, N.: "Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable", en DE LEÓN VILLALBA, F.J (dir.) y LÓPEZ LORCA, B. (coord.), Penas de prisión de larga duración, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
GARCÍA SÁNCHEZ, B.: "Instrumentos internacionales en la lucha contra el terrorismo (ONU)", en PÉREZ CEPEDA, A.I. (dir.), El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal, Ed. Tirant lo Blanch, 2018.



GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Prefacio", en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLIN EVANGELIO, A. (coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015. JUANATEY DORADO, C.: "Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable", Revista General de Derecho Penal, nº. 20, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: "La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable", Revista General de Derecho Constitucional, nº. 36, 2022.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J. y MARTÍNEZ GARAY, L.: "Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable", en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.), Contra la cadena perpetua, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

LÓPEZ LORCA, B.: "La prisión permanente revisable. Naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico", en DE LEÓN VILLALBA, F.J. (dir.) y LÓPEZ LORCA, B. (coord.), Penas de prisión de larga duración, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. MARTOS NÚÑEZ, J.A.: El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal, Ed. Bosch Penal, 2017.

MENDOZA CALDERÓN, S.: "El delito de terrorismo como crimen internacional: su consideración como crimen de lesa humanidad", en PORTILLA CONTRERAS, G., PÉREZ CEPEDA, A.I., (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal, Ratio Legis, 2016.



MORALES PRATS, F., "Del homicidio y sus formas", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), Comentarios al Código Penal español, Ed. Cizur Menor, 2016, p. 53.

MUÑOZ CONDE, F.: "El delito de asesinato tras la reforma penal del 2015", en CUADRADO RUIZ, M.A., ESPAÑA ALBA, V. y AOULAD BEN SALEM LUCENA, A.J. (coords.), Cuestiones penales. A propósito de la Reforma Penal de 2015, Dykinson, 2017. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ RUIZ, J.: "Delitos contra la vida y la integridad física", en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado, Dykinson, 2015.

PEÑARANDA RAMOS, E., "Asesinato", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), vol. 1, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

PINTO PALACIO, F: "Alevosía, non bis in ídem y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Diario La Ley, nº. 9799, 2021.

QUINTERO OLIVARES, G.: Comentario a la Reforma Penal de 2015, Ed. Aranzadi, 2015.

"El terrorismo como cuestión jurídica presente y futura", en MORENO CATENA, V. y ARNÁIZ SERRANO, A. (dirs.), El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.



RÍOS MARTÍN, J.: La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad, Ed. Gakoa Liburuak, 2013.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: "Influencia de la edad en la responsabilidad civil y penal", Anales de la Real Academia de Doctores de España, volumen 13, 2009.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: "El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable", Revista Penal, nº. 48, 2021.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: "Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2015.

VARONA GÓMEZ, D., "Quo vadis T.C? Sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR). STC 169/2021", Indret, nº.1, 2022.

6.2. Webgrafía

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: "Ni aunque sea revisable", en Diario El País, 3 de octubre de 2013.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J.: "La reforma del Código Penal", en Diario El Mundo, 12 de marzo de 2020. DICTAMEN SOBRE UN CASO DE AGRESIÓN SEXUAL



DICTAMEN SOBRE UN CASO DE AGRESION SEXUAL

D^a. Andrea Cantos Martínez

Abogada. Doctoranda D^o en la Universidad de
Castilla-La Mancha

Resumen: El presente trabajo aborda el caso práctico penal cuyo eje vertebrador es el delito de agresión sexual contra la defendida. Debiéndose tener en cuenta la pluralidad de delitos deslindados del *factum*, se realizará una calificación jurídica de los hechos y nos centraremos en un aspecto fundamental para la resolución del mismo: la agravante genérica por razón de sexo.

Palabras clave: Agresión sexual, amenaza, delito, agravante por razón de sexo.

Abstract: Master's Final Project addresses the criminal case study centered on the crime of sexual assault against the defendant. Considering the plurality of delineated crimes from the factum, a legal classification of the facts will be carried out, and we will focus on a fundamental aspect for its resolution: the generic aggravating circumstance on grounds of sex.

Key words: Sexual assault, threat, crime, aggravating



circumstance on grounds of gender.

Sumario: 1. OBJETO DEL DICTAMEN. 2. ANTECEDENTES DE HECHO 3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN. 4. NORMATIVA APLICABLE 5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. 5.1. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS CONFORME A LA REDACCIÓN VIGENTE DEL CÓDIGO PENAL. 5.2. AGRAVANTES POR SEXO Y POR RAZONES DE GÉNERO. 5.2.1. AGRAVANTE GENÉRICA POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA VIOLENCIA SEXUAL 5.2.2. LA VIOLENCIA SEXUAL EN ESTADÍSTICAS ACTUALES. 6.- CONCLUSIONES

1.- OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto de este dictamen es proporcionar un análisis comprensivo y la evaluación de un caso que involucra como foco principal un injusto penal de agresión sexual. No siendo únicamente este delito por el que se castigó finalmente al acusado, de ahí la importancia de la calificación del delito de amenazas y el delito de hurto. Se prestará especial atención a la identificación de la circunstancia agravante por razón de sexo dado que la acusación particular solicitó como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal la agravante genérica por razón de género del art. 22.4 CP, a lo que la juzgadora en sentencia no la apreció, bajo la base motivacional de la ausencia de una relación afectiva entre agresor y víctima, pues, según indica se conocieron el mismo día de autos.



2.- ANTECEDENTES DE HECHO

De conformidad con la solicitud de la apertura del Juicio Oral en el procedimiento abreviado cuya sentencia se determinará a lo largo del escrito, según el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se desprende el siguiente *factum*, así como la calificación jurídica de los hechos narrados que se expondrán a continuación:

PRIMERO.- Sobre las 06:20 horas del día 4 de abril de 2018, el acusado Pablo Martínez, nacido en Italia, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se aproximó a Raquel Fernández¹, que se hallaba en una cabina telefónica, y le ofreció subir a su domicilio para que pudiera cargar su teléfono móvil, el acusado actuando con ánimo libidinoso, comenzó a manosear a Raquel Fernández en los muslos y en el pecho, diciéndole: “Vamos a jugar un poco” y ante la negativa de la mujer, que le dijo: “Oye, por favor, déjame”, el acusado le manifestó “Oye que nada es gratis”, impidiéndole que saliera de la habitación, cogiéndola por la parte de atrás del pelo y arrojándola contra la pared, al tiempo que le decía “puta colombiana, tú qué te crees”. Acto seguido, Raquel Fernández, propinó patadas en la puerta de la habitación, gritando para que le ayudasen, lo que alertó a otro residente del citado domicilio, Manuel Domínguez, quien la auxilió, consiguiendo salir de la vivienda y trasladarse a un bar cercano, Cafetería Idilio, donde pudo avisar a la Policía.

¹ N. De la A: Datos personales ficticios. Sobre sentencia juzgado de lo Penal nº 3 de Albacete 14/2022, de 19 de enero.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

SEGUNDO.- A continuación, el acusado, la siguió al citado bar, y devolvió a Raquel su teléfono móvil, y con ánimo de perturbar su tranquilidad le dijo: “Si tú me denuncias yo voy a salir y te vas a arrepentir”.

TERCERO.- Pablo, el acusado, previamente, mientras ambos se hallaban en el domicilio actuando con ánimo de lucro ilícito, sustrajo del bolso de Raquel 20 euros y la lotería que portaba.

CUARTO.- Como consecuencia de los hechos relatados, Raquel sufrió una contusión cervical y en cuero cabelludo, lesiones que requieren para su sanidad de una única asistencia facultativa, tardando en curar 6 días de perjuicio exclusivamente básico, ascendiendo a 400 euros el importe de la asistencia sanitaria prestada por el SESCAM a la lesionada.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal solicitó que se catalogaran dichos hechos narrados como constitutivos de los siguientes ilícitos penales:

Un delito de agresión sexual del art. 178 del CP-según legislación vigente en el momento de los hechos- con una pena aparejada de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y costas. De conformidad a lo dispuesto en el art. 192.1 del CP, procederá la medida de libertad vigilada durante un periodo de tres años. De conformidad a lo dispuesto en el art. 48.2 del CP, procederá la prohibición de aproximarse a menos de 200 m a Raquel Fernández, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en el que se encuentre o frecuente y de



comunicarse con ella por cualquier medio durante 4 años.

Un delito leve de lesiones del art. 147.2 del CP. Para dicho injusto se solicita la pena consistente en dos meses de multa con cuota diaria de 12 euros, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y costas.

Un delito de hurto del artículo 234.2 del CP. Para este ilícito se solicita la pena de dos meses de multa con cuota diaria de 12 euros, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y costas.

Un delito leve de amenazas del art. 171.7 del CP. Para el mencionado delito leve se solicita la pena de dos meses de multa con cuota diaria de 12 euros, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y costas.

En lo que a la responsabilidad civil se solicita, se instó a que el acusado indemnice a Raquel Fernández en 300 euros por los días de curación de sus lesiones, 20 euros por el dinero sustraído, lo que se determine en ejecución de sentencia por el importe de la lotería sustraída y en 1000 euros por los daños morales, y al SESCAM en 400 euros por el importe de ella asistencia médica prestada a la lesionada. A estas cantidades se les deberá aplicar los intereses del art. 576 de la LEC.

Toda vez que se fijó fecha para la vista, se realizó la práctica de la prueba y fue emitida la sentencia se calificaron los hechos como constitutivos de los siguientes ilícitos penales: como autor de un delito de



agresión sexual previsto y penado en el art. 178 del CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP, a la pena de dieciséis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a la víctima a una distancia inferior a 200 metros, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar que frecuente o donde se encuentre y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante tres años, libertad vigilada durante dos años, que se cumplirá conforme a lo dispuesto en el art. 106.2 del CP; como autor de un delito leve de hurto del art. 234.2 del CP, la pena de 40 días de multa con una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 del CP y como autor de un delito leve de amenazas del art. 171.7 del CP, a la pena de 40 días de multa con una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 del CP y costas procesales incluidas las de la acusación particular.

3.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Habiendo procedido al estudio del caso y habiendo sido defendido por la compañera Dña. Carmen Oliver, la suscribiente estima oportuno proceder al estudio de las siguientes instituciones penales:

- La subsunción de los hechos, calificación jurídica y posterior condena conforme a la normativa actual vigente.



- La agravante de discriminación por sexo o género evocada por la acusación particular del art. 22.4º del CP al delito de agresión sexual y no atribuida por la juzgadora.

4.- NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas, teniendo presente que el supuesto de hecho ha sido enjuiciado en el orden jurisdiccional penal, el único orden que puede conocer de los delitos, se debe acudir a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), texto exclusivo donde se tipifican las conductas. En lo que al carácter procesal compete habrá de estar a Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Todo ello bajo el paraguas proteccionista de nuestra Carta Magna del 78 (CE) y la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo (TS) así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC).

En menor medida, podrá hacerse referencia a normas como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), otra normativa internacional u otra normativa estatal, a destacar como la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ en adelante).



5.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5.1.- CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS CONFORME A LA REDACCIÓN VIGENTE DEL CÓDIGO PENAL.

A juicio de quien suscribe y de acuerdo con el Código Penal vigente, los hechos acontecidos responden a las siguientes infracciones penales:

- Un delito de agresión sexual recogido y penado en el art. 178 agravado por razón de género del art. 22.4º del CP.
- Un delito leve de hurto previsto y penado en el art. 234.2 de la normativa anteriormente referida.
- Un delito leve de amenaza recogido en el art. 171.7 del Código.

De acuerdo con la clasificación de las penas de los art. 13 y 33, el delito de agresión sexual es de naturaleza menos grave al estar sancionado con pena privativa de libertad inferior a cinco años², conforme al momento de

² N. De la A: Conviene destacar que el actual tipo básico de la agresión sexual está penado con prisión de 1 a 4 años debido a la reforma que actualmente opera con la LO 10/2022 así como con su posterior contrarreforma de la LO 4/2023; pues anterior a dichas leyes orgánicas la pena aparejada al delito de la agresión sexual básico llevaba aparejada una pena de 1 a 5 años. Siendo principio informador del Derecho la retroactividad favorable al reo, sería de aplicación la horquilla entre 1 año a 4 años de pena privativa de libertad para el injusto conforme a la normativa vigente.



los hechos acaecidos. El resto de los delitos calificados son de naturaleza leve dado que el delito leve de hurto, así como el delito leve de amenazas, contemplan una pena de multa hasta tres meses (art. 33.4.g del Código).

Por lo que se refiere, en primer lugar, el delito de agresión sexual, este precepto castiga a quien lesione el bien jurídico de la libertad sexual³, cuya lesión se observa en el *factum*, pues ha quedado acreditado que tocó a la víctima muslos y pecho con ánimo libidinoso. Si bien, este ánimo no es preceptivo para la imputación del delito al sujeto activo. En efecto, el elemento subjetivo puede orientar a la subsunción del hecho pero en caso de no resultar probado, no se destipificaría la conducta. Es más, como es sabido, la crítica al ánimo libidinoso es notoria desde la doctrina⁴ moderna, pues entender que la agresión sexual nace del deseo sexual del agresor, implica seguir conceptualizando las agresiones sexuales y las violaciones como genuinas relaciones sexuales, cuando dicho fenómeno social nace del ánimo del dominio y sometimiento de la víctima, por cuanto que dicho deseo sexual de carácter no recíproco coadyuva a continuar con su propósito de agresión.

³ Sobre la crítica al bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual, vid. Cantos, A. (2023) El delito de violación. Marco teórico jurídico. Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº 36, p.477-562. <https://tinyurl.com/y5upp5tj>

⁴ Acale, M. (2022) “*Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa*” en *Los delitos contra la libertad de indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi. p. 57.



La tesis que explicita el telón de fondo de la dominación en las agresiones sexuales -y no sobre ese formulado ánimo *libidinoso*- es debido a un cambio epistemológico sobre qué es -y qué no es- la violencia sexual fuera del plano eminentemente jurídico. Atendiendo a la investigación llevada a cabo por la filósofa y doctora ALARIO GAVILÁN, quien analiza el discurso subyacente en la pornografía, nos ilustra con lo siguiente:

“Una pregunta relevante es la siguiente: ¿para qué muestra la pornografía a mujeres y niñas diciendo que no quieren realizar las prácticas que, finalmente, van a ser realizadas? Ese *no* cumple una función política: está ahí para ser transgredido por el varón. Que las mujeres o niñas digan que no quieren realizar dichas prácticas, abre para el varón la posibilidad de transgredir ese límite, posicionándose por encima de ellas y confirmando su supuesta superioridad. Así, ese “no” permite al varón obtener, en su transgresión, una mayor sensación de superioridad que la que obtendría si esa mujer o niña deseara realizar dicha prácticas pues, cuando no desean realizarlas, ellos tienen la posibilidad de imponerse. El deseo del varón de acceder al cuerpo de la mujer o niña queda por encima del derecho de la mujer o niña a la autonomía sexual.”⁵

Con la novedosa redacción de los delitos sexuales, los elementos del típicos de la violencia e intimidación no

⁵ Alario, M. (2020) *La reproducción de la violencia sexual en las sociedades formalmente igualitarias: Un análisis filosófico de la cultura de la violación actual a través de los discursos y el imaginario de la pornografía*. (Vol. II) Madrid: Ministerio de Igualdad. p.171.



necesitan ser probados para la existencia del delito. La ausencia del consentimiento de la víctima se convierte en el eje vertebrador del ilícito penal. La conocida SAP Barcelona -Sección 21- de febrero de 2024 (Caso Alves), enfatiza: "el consentimiento no solamente puede ser revocado en cualquier momento, sino que también es preciso que se preste el consentimiento para cada una de las variedades sexuales dentro de un encuentro sexual"⁶.

En el caso al que nos enfrentamos ha quedado probada la negativa del sujeto pasivo por cuanto que se desprende el siguiente enunciado: "...y ante la negativa de la mujer que le apartó la mano, el acusado, le manifestó oye que nada es gratis". Por lo tanto, la mujer se negó a acceder a la relación sexual, cosa que enojó al autor, como lo demuestra esa misma frase.

En los hechos probados puede leerse que el acusado se aproximó a la víctima: "... cogiéndola por la parte de atrás del pelo y arrojándola contra la pared, al resistirse, momento en el cual gritó para que la ayudaran, lo que alertó a otro residente del citado domicilio, quien la auxilió..." Del citado fragmento se desprenden dos circunstancias: la primera, el maltrato de obra debe entenderse que integra el elemento de la violencia o intimidación. Se conceptualizan como medios comisivos de esta modalidad de agresión sexual, lo que nos lleva a la aplicación de una pena entre uno y cuatro años de prisión, sin posibilidad de pena alternativa de multa pues no cabría la aplicación del art. 178.4 -que atempera la

⁶ SAP Barcelona 14/2024, de 21 de febrero. (FJº 9)



pena y abre la posibilidad de la imposición de multa-debido a constatada violencia que acompaña a la acción.

Por otra parte, podríamos abrir el debate sobre si nos encontramos frente a una tentativa de violación, por cuanto no fue el autor del hecho el que desistió voluntariamente de su actuación sino la actuación de la víctima en la que al pedir auxilio provocó la llamada de atención del sujeto conviviente en el domicilio. La tentativa se define en el art. 16 del CP como: "dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado". En el presente caso, la exteriorización del dolo de penetración no es posible apreciarla a partir de la frase esgrimida y recogida en los hechos probados como "no hay nada gratis", puesto que se trata de una expresión obviamente dirigida a realizar una acción sexual sin dejar constancia sobre querer llevar a cabo el acceso carnal, elemento distintivo del delito de violación frente a la agresión sexual. Si hubiese llevado a cabo la exhibición de genitales propios o coaccionar a la víctima para su desnudo, por ejemplo, quizá podríamos confirmar ese elemento.

En segundo lugar, cabe hablar de un delito de hurto por haberse lesionado el bien jurídico del patrimonio de Dña. Raquel. El verbo nuclear del tipo básico de hurto es "tomar", acción llevada a cabo a partir de la sustracción del dinero de la lotería que se encontraba en el bolso de Dña. Raquel. El objeto material del delito es la cosa mueble ajena, naturaleza que tiene sin duda el dinero, y también se cumple la ajeneidad, dado que la portadora del dinero era la víctima del hurto. Por lo demás, queda



acreditado el ánimo de lucro ilícito, dado que se apropió de la cantidad sustraída. Para los delitos de sustracción de bien mueble ajenos e hace preceptiva la mención a la teoría de la *illatio*, seguida generalmente por el TS previo al actual Código del 95, que establece la consumación del delito contra el patrimonio al alcanzar la disponibilidad sobre la cosa mueble (*illatio*), y no por la mera *ablatio* (separación) o *concrectatio* (apoderamiento). En lo referente a la atenuación específica para el delito de hurto se debe incardinar el hecho cometido dado que la infracción es menor a cuatrocientos euros, tal y como se menciona en dicho apartado.⁷

Por último, del *factum* se deslinda un delito de amenazas atenuado del art. 171.7 del CP por haber lesionado el bien jurídico de la libre conformación de la voluntad⁸, desde su vertiente "más subjetiva y psicológica, como es el derecho a la tranquilidad y en su aspecto más objetivo

⁷ N. De la A: Cabe destacar que el art. 234 del CP ha sido modificado para permitir la aplicación de la reincidencia en aquellos casos donde se realizaren tres delitos de carácter leve de la misma naturaleza cuya redacción viene dado conforme la LO 9/2022, de 28 de junio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales.

⁸ N. De la A: Para el supuesto de hecho presentado según Sánchez Tomás sería la libertad de actuación (a. condicionales) y la seguridad (a. no condicionales). Discusión doctrinal acerca del BJ protegido en Álvarez García, F. J., & Arturo Ventura Püschel. (2024). Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I) *Delitos contras las personas*. 4a Edición. Tirant lo Blanch. p.705.



como el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que supone una amenaza proveniente de un tercero⁹. Los requisitos para entender la conducta como constitutiva del delito son: 1) Anuncio de un mal, no inmediato. 2) Un elemento circunstancial por el que habría que tenerse en cuenta la ocasión, las relaciones y personas concurrentes, de modo que se valore su alcance.¹⁰ 3) La amenaza debe ser factible, o sea; seria, creíble y real.¹¹ El mal con el que se amenaza puede ser constitutivo de delito o no. En el caso de autos, se incardinaría dicha actuación como una amenaza no constitutiva de delito pues el sujeto activo pronunció la siguiente frase: "Si me denuncias, luego voy a ir a por ti".

Consideramos que se trata de una amenaza condicionada pues se impone la condición de la abstención de la denuncia, ostenta la gravedad necesaria para conseguir la finalidad de atemorizar a su víctima, previamente de la agresión sexual, pues hay una concreción de un mal, ya que se realiza con seriedad, firmeza y determinación por parte de D. Pablo. El injusto penal de las amenazas no requiere el temor en los sujetos pasivos, tan sólo que la expresión por parte del autor sea capaz de atemorizar a cualquier ciudadano o

⁹ STS 477/2017, de 26 de junio. N. De la A: En dicha sentencia se entiende la existencia de un delito de amenazas incluso sin exteriorización verbal por parte del sujeto activo.

¹⁰ "De este modo, una misma expresión, dependiendo de la ocasión, contexto, circunstancias, personas y factores en juego, podrá ser constitutiva de delito, de una mera infracción civil, o atípica." En Polaino Navarrete (dir.) Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Madrid: Tecnos. p. 200.

¹¹ Ibidem. p. 201.



ciudadana media debido a que son delitos de mera actividad¹², pues no precisa un resultado en el mundo exterior, es decir, se consuma con “la llegada del anuncio a sus destinatarios (...) sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por su autor”¹³. En consecuencia, cabe caracterizarlo como delito de peligro abstracto: basta la realización de la acción peligrosa *ex ante*¹⁴.

Como esta amenaza se realizó entre la agresión sexual y el hurto con un lapso de tiempo considerablemente espacioso, entendemos que goza de su propia autonomía. Como conclusión, consideramos que se trata de un delito tipificado en el art. 171.7 CP, por revestir un carácter leve la amenaza. El autor de los hechos no concretó el mal de la amenaza, pero sí dejó constancia de la condición para no llevar a cabo su actuación: la omisión de la denuncia.

5.2.- AGRAVANTES POR SEXO Y POR RAZONES DE GÉNERO

El catálogo de las agravantes genéricas se incardina en el art. 22 del Código. Al contrario de lo que sucede con las atenuantes genéricas, en el antedicho artículo del CP se encuentra un sistema cerrado donde no tiene cabida

¹² STS 149/2007, de 26 de febrero.

¹³ STS 259/2006, de 6 de marzo.

¹⁴ Moreno-Torres, M.R. (dir.) (2021) *Lecciones de derecho penal*. Parte general. Madrid: Tirant lo Blanch. p.126.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

la creación de agravantes analógicas¹⁵. Focalizándonos en el apartado cuarto, este artículo reza:

“Son circunstancias agravantes:

4º Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su *sexo*, edad, orientación o identidad sexual o de *género*, *razones de género*, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.”

Este precepto recoge la agravación de la pena por motivos discriminatorios. Los motivos de discriminación que impulsen a la comisión del delito deben ser únicamente los expresamente contemplados en el precepto, el cual ha sufrido un total de cuatro modificaciones desde el texto original de 1995.

Es de reseñar que con la primera redacción de la agravante ya se recogían las categorías de discriminación “por sexo” y la discriminación por “orientación sexual”. En la reforma de 2010 se incluyó la “identidad sexual” y, por otro lado, se cambia el término

¹⁵ N. De la A: Este extremo se debe a la ampliación de lo favorable y a la restricción de lo perjudicial para el reo. *Favorita sunt amplianda, odiosa sunt restringenda.*



de “minusvalía” por “discapacidad”¹⁶. En 2015 se insertan otros dos motivos discriminatorios: “razones de género” y “la enfermedad que padezca”. El principio constitucional de taxatividad obliga a ajustar estrictamente la aplicación de la agravante a los motivos contemplados y no a otros, por similares que parezcan.

Es habitual otorgarle una naturaleza individual subjetiva¹⁷, y por ello no comunicable a partícipes en el delito en quienes no concurren personalmente (art. 65.1 CP). Por lo tanto, habrá que investigar el móvil de cada interviniente durante la comisión delictiva para determinar la aplicación o no de tal agravante genérica. Ahora bien, no hay consenso doctrinal sobre si el fundamento de tal agravante reside en la ofensa adicional a estos valores o se justifica la creación de este precepto debido al “móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar”¹⁸.

En lo que a la práctica de la prueba se refiere, se tendrá que acreditar el hecho delictivo -como en cualquier

¹⁶ N. De la A: Expresión que se sitúa en consonancia con la reforma del art. 49 de la Constitución Española, en vigor desde el 17 de febrero de 2024.

¹⁷ N. De la A: Naturaleza subjetiva por cuanto se refiere a la voluntad de aprovechamiento de su influencia en la realización del delito. Suárez-Mira, C. (Coord.) (2020) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra: Aranzadi. (Ed. 8º). p.284.

¹⁸ Orts Berenguer, E. & González Cussac, J. L. (2020). *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tirant lo Blanch. p. 255. Como teoría ecléctica podemos subrayar a Judel, A. (2020) “Circunstancias agravantes” En Suárez-Mira, C. (Coord.) (2020) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra: Aranzadi. (Ed. 8º). p.290.



enjuiciamiento penal- y, además, la intencionalidad del autor de los hechos, no debiendo tenerse en cuenta la condición de la víctima como advertía la doctrina¹⁹ antes de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que convirtió en legal dicha opción interpretativa, al decir en el art. 22.4º in fine: "...con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta".

Este último apartado no es baladí. En la Memoria de la FGE en el 2016 ya se propuso como reforma legislativa ampliar el catálogo de las discriminaciones con la inserción de la "aporafobia" y, además, en lo que en el motivo discriminatorio objeto de estudio respecta, que se incluyera de forma expresa los supuestos de discriminación por asociación o asociación por error. La Memoria ejemplifica su petición con la situación proyectada sobre un ataque contra una persona por creer que es homosexual, aunque realmente no lo sea²⁰.

Cabe destacar también, sobre la aplicación de la agravante objeto de estudio, es de carácter exclusivo cuando, tal discriminación única y exclusivamente recaiga en el sujeto pasivo del acto delictivo, lo que nos induce a pensar que subyace un intento de "desactivación" en lo que a la violencia vicaria respecta. La violencia vicaria es aquella que tiene como objetivo dañar a la mujer a través de sus seres queridos y especialmente sobre sus hijas e hijos. También puede

¹⁹ Orts Berenguer, E. & González Cussac, J. L. (2020). *Introducción al Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Tirant lo Blanch. p. 255.

²⁰ Memoria Fiscalía General del Estado 2016. p. 836.



ejercerse sobre personas a cargo de la mujer o incluso sus mascotas. Término, por cierto, acuñado por la psicóloga Sonia Vaccaro²¹.

La violencia vicaria se inserta en la propia LO 1/2004, de 28 de diciembre, la cual recoge en el apartado 4 del art. 1 la siguiente concepción: "4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero". A este respecto, el Tribunal Supremo ha fallado recientemente que no es aplicable la agravante de género cuando se ejerza contra quien no sea el sujeto pasivo del hecho delictivo, a pesar de que el móvil del investigado fuese despreciar y discriminar a la mujer²².

El supuesto de hecho -de forma muy sucinta- versaba sobre el homicidio contra un hombre a manos de otro hombre, donde el primer varón era la pareja de la mujer

²¹ Jaccaro, S. (2023) *Violencia vicaria. Golpear donde más duele*. Bilbao: Descleé de Browner. p. 77 y ss.

²² STS 66/2022, de 27 de enero. N. De la A: Tesis contradictoria con el apartado ya incluido en el art. 22.4º in fine pues la aplicación de dicha agravación de la pena debe ser "con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta". Siguiendo con las voces doctrinales y jurisprudenciales que mantienen la subjetividad de la agravante, la consecuencia inmediata debería ser aplicarla cuando el fenómeno de la violencia vicaria aparezca, pues deberemos atender al móvil abyecto que condujo al sujeto a cometer el hecho delictivo.



y el segundo la ex pareja de la misma. Centrándonos únicamente en la aplicación - o su inaplicación- de la agravante por razón de género, argumentaba el Tribunal lo siguiente:

“Puesto que en el presente supuesto se declara probado que Fulgencio sufrió el ataque por la voluntad del agresor de discriminar y despreciar a Martina por razones de género, lo que el recurso suscita al discutir si debe o no apreciarse la agravación en el delito de homicidio, es si la circunstancia modificativa se sustenta en un derecho del sujeto pasivo a no ser despreciado y discriminado mediante la actuación delictiva, o si por el contrario la agravación tiene el fin general de proteger los mandatos constitucionales de igualdad contenidos en los artículos 10, 13.1 y 14 de la CE.”

El Alto Tribunal finalmente se inclinó por la primera de sus posturas: es un derecho del sujeto pasivo no sufrir discriminación, ni desprecio. Nada sorprendente, la violencia de género no reviste la importancia de tal entidad como para entender que la aplicación de la agravación es una cuestión de Estado. Así las cosas, descansa su interpretación en la concepción de *víctima* que da el Estatuto de la Víctima del Delito, obviando que la ley especial - LO 1/2004, de 28 de diciembre- debería primar sobre aquella, que conceptualiza a la víctima con carácter eminentemente genérico.

El presente supuesto de hecho responde claramente a una modalidad de la violencia vicaria en la que entrevé a trasluz el histórico mensaje: “si no eres mía, no eres de nadie”. A mayor abundamiento, los hechos probados dejan constancia del móvil de dominio contra la



expareja, por lo que consideramos bastante discutible la inaplicación del concepto de víctima de violencia de género a casos semejantes.

Por lo tanto, la integración sobre el significado, desde una perspectiva eminentemente subjetiva, da lugar a que se exija la demostración en cada caso sobre que el sujeto atacó a la víctima con ánimo de menosprecio, no simplemente porque esté dentro de la esfera de la discriminación, sino que el sujeto activo debe creer que se da esa condición y le motiva a actuar conforme a dicha certeza.

Sin embargo, en el caso presentado se obvió su aplicación, dando lugar a la consecuencia jurídica totalmente contraria, es decir, la omisión de la aplicación de la agravante genérica por razones de género, colisionando con el mandato del texto legal del art. 22.4º CP, el cual reza: "con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta", reiterándonos en que se declaró como hecho probado el móvil del ánimo de menosprecio contra la mujer.

Dejando de lado este pronunciamiento judicial objeto del dictamen y adentrándonos en lo que respecta a la interpretación de la agravante de discriminación por "razones de género", esta ha llevado un recorrido bastante oscilante.

Recordemos que la agravación por razones de género se introdujo con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, para dar cumplimiento al Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la



violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011 y ratificado por España el 18 de marzo de 2014 (Convenio de Estambul, en adelante).

Así las cosas, los primeros pronunciamientos sobre la interpretación de la norma indicaban la siguiente diferenciación: 1) La agravante por razones de género implica un móvil de dominación por el sujeto activo y el sujeto pasivo debe ser una mujer. Pero atención, porque debía ser dentro de una relación de pareja, según el Alto Tribunal, chocando con el tenor literal del Convenio de Estambul. 2) La agravante por sexo no exige el móvil de dominación, el sujeto pasivo puede ser el hombre o la mujer y puede ser fuera del ámbito de la pareja. 3) La agravante por razón de parentesco tampoco requería el móvil de la dominación, el sujeto pasivo puede ser un hombre o una mujer y lo que se destaca es que la relación de pareja tiene que estar caracterizada por la estabilidad.²³

Los pronunciamientos posteriores insistieron en el cariz subjetivo de la agravante, pero eliminaron el requisito añadido que la circunscribía a la esfera de la pareja²⁴. Al mismo tiempo se dotó de un perfil objetivo a la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP), indicando que "la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia,

²³ STS 420/2018, de 25 de septiembre.

²⁴ N. De la A: En contradicción, en el presente caso objeto del dictamen, con el motivo esgrimido por la juzgadora.



incluso desconectado de un vínculo afectivo”²⁵. Con ello se consolidó la compatibilidad entre ambas agravantes²⁶, es decir; podrían concurrir la agravante por razones de género junto con la circunstancia mixta de parentesco.

Esto nos lleva a preguntarnos, ¿en qué se diferencian la discriminación “por sexo”, “por razones de género” y la novedosa expresión “por género”? ¿Dónde radica esa línea divisoria entre las distintas categorías? Para un sector doctrinal, esta última se refiere con carácter genérico al colectivo LGTBI²⁷ -por si ya la interpretación del Supremo no era suficientemente inestable- sin embargo, otro sector doctrinal indica claramente que: “La llamada coloquialmente ‘agravante de género’ es en realidad la agravante de discriminación por razones de género, contemplada en el número 2 del artículo 22 del Código Penal en su redacción introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo”. Tanto la Fiscal GISBERT GRIFO como el académico JABALOY confluyen a lo largo de su investigación con un hipotético *género* por el cual es posible autodeterminarse según el sujeto. En efecto, JABALOY indica que: “El concepto de género separado del concepto de sexo es algo relativamente reciente” y GISBERT apostilla en la misma línea: “No siempre ha estado clara la diferencia entre ambos conceptos” y continúa explicando que “las últimas polémicas en

²⁵ STS 565/2018, de 19 de noviembre. En el mismo sentido STS 223/2019, de 29 de abril.

²⁶ STS 824/2022, de 19 de octubre.

²⁷ Gisbert Grifo, S., Frago, J. A., Imbroda Ortiz, B.J, Tuero Sánchez, J. A., Gutiérrez, E., Gilsanz. M. R. & Ortega Burgos, E. (2022). Derecho Penal 2022. Madrid: Tirant lo Blanch. p. 303 y ss.



relación con la identidad de género y el llamado *género sentido* han dado nuevo significado a ambos términos y a la diferencia entre ellos". O sea, lo que inicialmente protegía la categoría por "razones de género" parece duplicarse en forma y opacarse materialmente por la novedosa inclusión del "género" en el 2021.

Si de lo que trataba el concepto "género" - a secas - era la protección según la -mal llamada- orientación sexual²⁸, esta lleva en el Código desde su texto originario en el 95, de modo que era totalmente innecesaria su creación. Como segunda hipótesis, si el concepto "género" trata de dar cabida a la opresión de las mujeres, la LO 1/2015 se encargó de incluirla, como se ha visto. Por último, si el concepto de "género" se usa como sinónimo de sexo -que no debería serlo-, nos encontramos en la misma situación que al comienzo del párrafo, es decir: ya estaba materializado desde 1995.

²⁸ N. De la A: La orientación sexual conforme a la corriente teórica y política del lesbianismo político no es innata, se tilda dicha concepción como teoría biologicista. Emerge esta postura en 1960, etapa denominada como segunda revolución sexual (la primera se ha incardinado en los "felices" años 20 del siglo pasado). La calificación de orientación emana del movimiento gay masculino, donde para ser aceptado dentro del sistema patriarcal que penalizaba la homosexualidad masculina, facilitaba evitar esa discriminación apostillando que "había nacido así" toda vez que había optado por rechazar la heterosexualidad. De hecho, desde el feminismo radical, del cual bebe el lesbianismo político, estudia la heterosexualidad como una institución obligatoria dentro del sistema. Vid. Jeffreys, S. (1993) *La herejía lesbiana*. Madrid: Cátedra.



Vivimos en un contexto histórico posmodernista donde se incluye la figura del *giro lingüístico* por el que se: “intenta adecuar la realidad a las palabras que utilizamos para definirla o representarla”. Tal y como lo conceptualiza la filósofa SENDÓN DE LEÓN: “Más que tratar de averiguar la naturaleza de X, se trata de encontrar las palabras adecuadas que la definan para llegar a un consenso de tipo filosófico o científico”²⁹. Por lo que nos encontramos con unas categorías, a día de hoy, peligrosamente insertadas en nuestro CP, sin ningún cuestionamiento previo.

Para dar contenido a cada uno de estos términos plasmados en la ley penal, hemos de apoyarnos en otras disciplinas para fomentar el espíritu crítico de su correcta inclusión y así, obtener una interpretación correcta y fomentar un correcto funcionamiento en la aplicación del Derecho. Si bien es verdad que los conceptos de los que partía la modificación del CP en el año 2015, se explicitaban en el art. 3 del Convenio de Estambul. Reproducimos parte de tal artículo a continuación:

“A los efectos del presente Convenio: (...)

c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

²⁹ Sendón, V. (2021). “Sujeto mujer y deconstrucción de conceptos” en *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*. Madrid: CEPC. p. 47 y ss.



d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”

De otro lado, para orientar la interpretación nos encontramos con los Principios de Yogyakarta. Esta declaración está orientando la política de la teoría identitaria y generando la profunda confusión entre sexo, género e inmiscuyendo la denominada identidad de género. Al contrario de lo que nos indicaban la autora y el autor mencionados en el anterior apartado, el concepto de género sí tiene un a larga trayectoria y se fundó para dar visibilidad a los comportamientos que se esperan de un sujeto en un sistema, descansando dichas creencias en las características biológicas de la persona.

Es decir, hay una realidad material de la que partir y es la que sustenta la expectativa de cómo se ha de actuar o cómo se debe ser. La realidad material es el sexo, como categoría biológica, y la construcción social es el género. Ahora bien, una sector filosófico y doctrinal, en un intento por modular el sexo como categoría biológica eminentemente binaria, subraya la existencia de personas intersexuales³⁰ para apoyar su postura, pero es que la excepción no constituye una categoría.

El género, reiteramos como constructo social, significa que será la sociedad quien otorgue al sujeto las características esperadas basadas en la realidad material. Y es esa superposición la jaula de cristal para

³⁰ Cano, M. (2012, junio) “Intersexualidad: una mirada feminista.” *Feminismo/s*. N. 19. ISSN 1696-8166, pp. 67-87.



que hombres y mujeres socialicen de acuerdo a la imitación de los comportamientos esperados. Una vez que se aprende y se mimetiza desde “la más tierna infancia”³¹ a encajar en los roles asignados según el individuo sea hombre o mujer, significa que estamos ante una socialización diferenciada. En dicho proceso se interiorizan una serie de comportamientos y normas propios del entorno sociocultural³². A este aprendizaje e interiorización se le denomina género. Esto no quiere decir que todas las mujeres ni todos los hombres se adapten de manera íntegra al género, pero sí se pretenden dar unas características o tendencias del comportamiento ante ciertas situaciones. De forma un tanto simplista: cuanto más se encaja en la caja rosa o en la caja azul, mayor adaptabilidad social y cultural tendrá el sujeto.

El género viene implementado a través de refuerzos positivos y negativos, los cuales modulan el comportamiento de las personas, desde la elección de juguetes hasta la tendencia masiva sobre decidir una carrera: de ciencias o de letras. Este mito de la libre

³¹ Lonzi, C. (2018) *Escupamos sobre Hegel y otros escritos*. Madrid: Traficantes de sueños. p.21.

³² Alario, M. (2021) *Política sexual de la pornografía*. Madrid: Cátedra p. 57. En el mismo sentido Sendón, V. (2021) “Sujeto mujer y deconstrucción de conceptos” en *El sexo en disputa*. Madrid: CEPC. p. 47 y ss.



elección³³, del que ya se han escrito ríos de tinta, determina la trayectoria vital de las personas³⁴.

Por lo tanto, la inclusión del concepto género no tiene razón fundada para haber sido objeto de reforma en la agravante del art. 22.4º, toda vez que ya se encontraban cubiertas por las categorías sexo, razón de género u *orientación* sexual. Parece, que tal y como vaticinaba la politóloga JEFFREYS: "En nombre de la diferencia, todo se ha homogeneizado"³⁵. Si todos y todas podemos ser objeto de discriminación, la propia agravante perdió todo su significado.

5.2.1.- AGRAVANTE GENÉRICA POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA VIOLENCIA SEXUAL

A lo largo del epígrafe sobre la agravante genérica por razón de género, se incide desde la perspectiva penalista sobre el término discriminación como emergencia de la agravante del art. 22.4º. Es más, se ha bautizado como la *agravante por motivos discriminatorios*, desglosados cada uno a lo largo del art. 22.4º CP.

Según la Real Academia Española (RAE en adelante), en su primera acepción, la discriminación es: "Seleccionar

³³ De Miguel, A. (2015) *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra.

³⁴ N. De la A: Para profundizar sobre la diferenciación entre sexo y género véase Aránguez, T. (2023) *Filosofía para juristas*. Madrid: Dykinson. p. 61 y ss.

³⁵ Jeffreys, S. (1993) *La herejía lesbiana*. Madrid: Cátedra. p. 174.



excluyendo” y como sinónimos nos encontramos con marginar, excluir, segregar, separar o distanciar. De otro lado, el término opresión es definido como “Acción y efecto de oprimir” y el verbo oprimir lo desarrolla la RAE como “Ejercer presión sobre algo”.

Oprimir y discriminar no son sinónimos. La discriminación se sustenta en el tratamiento diferenciado dependiendo al grupo social al que se pertenezca. Un grupo social puede ser discriminado y no por ello llevar aparejada una connotación negativa.

Dos ejemplos de este fenómeno serían, de un lado; las medidas de discriminación positiva para la igualdad de oportunidades en espacios sobrerrepresentados por otro grupo social diferente al que se le quiere brindar la posibilidad de la oportunidad³⁶, o también podría ser una persona con discapacidad a quien se le autoriza el uso exclusivo de ciertas plazas para el aparcamiento. En este caso hay una discriminación positiva a favor de la persona con discapacidad, o atendiendo al primer símil, del grupo infrarrepresentado, y ello no implica la opresión hacia el resto de la ciudadanía.

Sin embargo, la opresión implica una situación mucho más compleja. Se trata de una superestructura en el que el grupo opresor, quien detenta el poder (desde la perspectiva filosófica-materialista hasta de carácter simbólico) utiliza dicha jerarquía de poder para la extracción de los beneficios propios. Por ejemplo, en el

³⁶ vid. Telles, J. (2022) *Igualdad de género en consejos de administración*. Madrid: Aranzadi.



sistema patriarcal³⁷ son las mujeres el grupo oprimido, porque es la clase social a la que se les explota por sus capacidades en beneficio del sistema. Las mujeres son explotadas sexual y reproductivamente, pues la capacidad de la reproducción, gestar y parir (materialismo), o la capacidad de la explotación sexual (sustentado en un marcado carácter simbólico) no solo es beneficioso para el sistema, sino que sin dicha explotación haría desaparecer el mismo.

Por último, en contraposición con el término discriminación, esta puede ejercerse a nivel individual, pero la opresión sólo puede aplicarse con carácter colectivo entre dos grupos sociales. Ahora bien, la discriminación es un elemento -de muchos- que se incluye en la opresión, y es mucho más evidente. Pero se reitera la diferenciación entre ambos términos.

Al igual que el capitalismo es teorizado como el sistema opresor del trabajador u originariamente la clase social del proletariado³⁸, donde "la diferencia material entre empresario y trabajador se puede traducir en una capacidad de presión del primero sobre el segundo que le priva de sus derechos"³⁹, como parangón reformulado, enunciarnos lo siguiente: la diferencia formal entre hombres y mujeres puede traducirse en una capacidad

³⁷ El término patriarcado es conceptualizado por las feministas radicales de 1970. vid. Aránguez, T. (2023) *Filosofía para juristas*. Madrid: Dykinson. p.60.

³⁸ Entre otras acepciones.

³⁹ N. De la A: En relación con la justificación del principio de indisponibilidad de Derechos del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, en Mercader, J.R. (2019) *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tirant Lo Blanch. p. 133.



de presión del primero sobre la segunda que le priva de sus derechos. No se incide en la diferencia material sustentada en el sexo, pues las diferencias biológicas no tiene por qué implicar la desigualdad.

Recapitulando la definición dada por la RAE, la opresión implica ejercer presión, es decir; conminar al grupo oprimido a hacer aquello que beneficie al sistema pero no necesariamente excluyéndolo de él⁴⁰.

5.2.2.- LA VIOLENCIA SEXUAL EN ESTADÍSTICAS ACTUALES

La violencia sexual se sustenta en unos datos que; de una parte, recogidos en el preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral a la libertad sexual, nos pueden dar indicios de la magnitud de esta problemática. Así lo esclarece la antedicha norma:

Esta es una realidad innegable en nuestro país, como ilustran, entre otros, los datos aportados por la Macroencuesta sobre Violencia Contra la Mujer del año 2019. El porcentaje de mujeres de 16 o más años residentes en España que han sufrido violencia sexual

⁴⁰ N. De la A: Interesante en este sentido la obra de Betty Friedman, un bestseller de 1963 en el desarrollaba "el problema que no tiene nombre" vid. Friedman, B. (2016) *La mística de la feminidad*. Madrid: Cátedra. Contextualizado por Cobo, R. (2020) *Pornografía. El placer del poder*. Madrid: Ed. B. En el mismo sentido Aránguez, T. (2023) *Filosofía para juristas*. Madrid: Dyckinson. p. 60.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

fuera del ámbito de la pareja a lo largo de la vida es del 6,5%. Es decir, 1.322.052 mujeres han sufrido este tipo de violencia y el 0,5% (103.487) en los últimos 12 meses.”

Y continúa indicando que:

Un 2,2% (453.371 mujeres) del total de mujeres de 16 o más años residentes en España han sido violadas alguna vez en su vida. Estos datos son en realidad una aproximación de mínimos, pues se trata de la prevalencia revelada, pero debe tenerse en cuenta que es probable que las mujeres que han sufrido los casos más graves no sean capaces de contarlo en una encuesta como esta debido al trauma que supone. En el caso de las niñas menores de 16 años, el porcentaje es del 3,4%, lo que se traduce en unas 703.925 niñas víctimas de violencias sexuales. Además, el 12,4% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dice que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Finalmente, casi en el 50% (40,6%) de los casos, la violencia se repitió más de una vez.”

Todo ello teniendo en cuenta la cifra negra bajo la que se proyecta este fenómeno sistémico. A mayor abundamiento, se ha de citar la comparecencia de la exdelegada del Gobierno contra la Violencia de Género el 14 de noviembre de 2023. La Sra. Rosell esclarecía: “Esta parte penal era la única respuesta posible ante las violencias sexuales en España hasta 2022, a la que acudían, según la Macroencuesta de Violencia contra las mujeres de 2019, el 8% de las víctimas de violencia sexual y el 13% de violación.” Continúa su exposición reseñando: “De esa ínfima denuncia solo se condenaba



a un máximo 20% anual, y en la mayoría de los casos, como sabemos todas, se condenaba por abuso sexual.”⁴¹

En relación con el perfil de las víctimas en los delitos contra la libertad sexual: “Respecto a la distribución por sexo de las victimizaciones, se muestra una proporción donde casi 9 de cada 10 son de mujeres. No obstante, tanto en los delitos de pornografía de menores, como los relacionados con la provocación sexual, las diferencias entre sexos tienden a reducirse” Y continúa: “Se concentra el mayor número de victimizaciones masculinas en la franja de 0 a 13 años, mientras que en el sexo femenino se concentra en la franja de edad de 18 a 30 años”⁴².

Respecto a los responsables⁴³ de tales conductas comisivas, el informe del Ministerio de Interior concluye

⁴¹ Ministerio de Igualdad (23 de noviembre 2023). Encuentro 'Algo habremos hecho'. [Archivo de vídeo] Youtube. <http://tinyurl.com/RendicioncuentasMinisterio>. 41:25.

⁴² Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España. 2022. Ministerio del Interior. p.15. [A día de la elaboración del presente artículo no se encontraba publicado el informe referido del año 2023]

⁴³ N. De la A: Según la terminología apostillada por el Informe referida a personas detenidas e investigadas. Hay que tener en cuenta que los delitos sexuales tienen un carácter semipúblico, por lo que sin denuncia previa de la víctima no se iniciaría la investigación. Con la salvedad eso sí, de la actuación del Ministerio Fiscal ponderando los legítimos intereses, los cuales no han sido ponderados a favor de víctima según nos indica la procesalista CATALINA BENAVENTE. En consecuencia, esta estadística sólo se proyecta sobre los casos de esa “ínfima denuncia” que anteriormente señalaba la



lo siguiente: "Respecto a la distribución por sexo de los responsables, a diferencia de lo que ocurría en victimizaciones se muestra una proporción extremadamente alta de hombres comparativamente con el de mujeres, con la excepción de los delitos relativos a la prostitución en las que las proporciones no muestran la diferencia tan acusada como en el resto."⁴⁴

De conformidad con el informe del Ministerio del Interior un 94% de hombres son los responsables de los delitos contra la libertad sexual, siendo corroborado dichos datos según el Ministerio de Igualdad arrojando unas cifras dónde las mujeres responsables no superan el 6%⁴⁵. Siendo ambos datos coincidentes y de fuentes institucionales, como son dos ministerios diferentes, podemos concluir que el margen de error estadístico es bajísimo.

Dentro de los delitos contra la libertad sexual, encontramos que destaca la presencia de mujeres responsables únicamente en los delitos relativos a la prostitución, donde la actuación material del hecho no implica un ánimo libidinoso como telón de fondo.

Destacar también el caso del delito de trata de seres humanos, no siendo este un delito incardinado en los

exdelegada del Gobierno. Es decir, un 8% sobre todos los casos de violencia sexual y 12% sobre actuaciones recogidas como violación. Esto nos orienta a cuantificar la magnitud de este fenómeno delictivo.

⁴⁴ *Ibíd.* p.28.

⁴⁵ Según datos del Ministerio de Igualdad: Mujeres en Cifras - Violencia - Delitos contra la Libertad Sexual. (2022) [Aún no se han publicado según la tipología penal del año 2023]



delitos contra la libertad sexual pero muy vinculado a la violencia sexual dado que una finalidad de la trata castigada sería aquella dirigida con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía (art. 177 bis. 1.b). Nuestro CP recoge la excusa absolutoria para aquellas personas tratadas que habiendo incurrido en conductas delictivas por consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida deberán ser absueltas. Con esto se pretende subrayar que, la autoría material y directa de las agresiones sexuales (o abusos sexuales según datos recogidos en ambos informes⁴⁶) son varones en contraposición con la categoría estadística de las mujeres⁴⁷.

⁴⁶ Conforme las categorías delictuales operativas en el momento de la recogida de los datos.

⁴⁷ N. De la A: Aunque sea motivo de celebración este precepto, la aparición de la excusa absolutoria emerge con la reforma del 2015. Los pronunciamientos judiciales previos parecen querer encajar a las mujeres como autoras materiales en artificiosas motivaciones dentro del ámbito de la prostitución, además del blanqueamiento jurisprudencial de dicho fenómeno. En palabras del Catedrático ZUGALDÍA: "Sobre la consideración de delito de violación como un delito común del que la mujer puede llegar a ser autora (material) mediata, vid. la STS 2/11/1994. Se trataba de un caso donde la mujer que regentaba un local de prostitución obligó (mediante intimidación) a una de las trabajadoras a mantener una relación sexual con un cliente (que actuó sin dolo)". Blanqueando el autor la situación de la prostitución. Transformando el proxenetismo como si de otra actividad empresarial se tratara al usar el término "trabajadora" además de no participar al prostituidor del fenómeno de la prostitución. En Zugaldía, J.M. (2022) *Delitos contra la libertad sexual y delito continuado. En Los delitos contra la libertad e*



Todo ello nos lleva a concluir lo siguiente: la violencia sexual se caracteriza por agresores hombres contra víctimas mujeres, y en menor medida, menores de ambos sexos. Es decir, se ejerce por quien detenta el poder dentro del sistema (dominio) contra quien se incardina dentro del riesgo sistémico.

Por lo tanto, yuxtaponiendo de un lado la terminología - a nuestro juicio equívoca- por "razones de género", pero cuya interpretación es la que más se puede acercar a la descripción de la situación de opresión - que no discriminación - en la que estamos inmersas las mujeres, se hace preceptiva la propuesta de dotar dicha agravante de un carácter eminentemente objetivo, pues como ha quedado plasmado en la presente investigación, las agresiones sexuales se sufren por el mero hecho de ser mujer. No habiéndose recogido tal extremo en la parte especial del Código, debería dotarse a la agravante de un carácter objetivo y comunicable entre autores y participantes del hecho delictivo.

En consecuencia, no debería tener cabida la prueba sobre la especial dominación trascendente contra la víctima, ya que el mero hecho de la agresión sexual implica que subyace ese afán de dominio por parte del sujeto activo. Desde el momento en que la categoría social de las mujeres reviste ese carácter opresivo, no hace falta ningún plus de dominio para la aplicación de la agravación por "razones de género", pues el mero

indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de Derecho Comparado y Propuestas de reforma. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. p. 26.



ataque sexual contra cualquier mujer es objetivo atendiendo al contexto circunstancial y a la existencia del sistema en el que estamos inmersas todas las personas y, por ende, genera a un desvalor mayor en el hecho cometido, dado que los datos refuerzan que los agresores sexuales son varones dominando a las víctimas que son mujeres.

Entendemos que la individualización de la pena, así como la prohibición de la responsabilidad solidaria sostienen nuestro sistema penal, pero no se pueden obviar los datos y el estudio de los mismos para entender que las violaciones y las agresiones sexuales apuntan a una característica de las víctimas muy clarificadora: son mujeres en su inmensa mayoría. El mero hecho de ser mujer expone a esta categoría social a sufrir violencia sexual o a intimidarlas para actuaciones cotidianas como volver a casa, como si de un Estado de alarma estuviésemos inmersas.

En apoyo a esta posición, traemos a colación una sentencia muy aclaratoria y que ya sustentó esta base aunque sólo proyectado al ámbito de la pareja por cuanto que el precepto penal impugnado era el delito de violencia de género incardinado en el art. 153 CP. La STS 59/2008, de 14 de mayo se expresa en los siguientes términos:

“No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del *significado objetivo que adquieren como manifestación*



de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad⁴⁸

E incide en su fundamento jurídico undécimo:

“No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su *significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón* en el ámbito de la pareja⁴⁹”

Además de tal revelador motivación judicial, tenemos textos normativos en los que apoyar dicha postura como es el Convenio de Estambul⁵⁰ el cual no solo permite, sino que es de obligado cumplimiento, la ampliación de, esta doctrina a cualquier ataque a cualquier mujer.

Desde la exposición de investigación, se incide en especial a las agresiones sexuales y violaciones. El art. 3 d) de dicho Convenio conceptualiza: d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá

⁴⁸ STC 59/2008, de 14 de mayo. N. De la A: *Cursiva propia*.

⁴⁹ *Íbidem*.

⁵⁰ N. De la A: Se recuerda que el Convenio de Estambul es parte de nuestro derecho interno conforme al art. 96.1 de la CE.



toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

¿No es una desproporción que 9 de cada 10 personas de las víctimas de agresiones sexuales sean mujeres?⁵¹

Para comprender esta postura, sería tan sencillo como preguntarse, en una hipotética situación donde el condenado D. Pablo se encuentre con un escenario circunstancial idéntico pero con un único cambio, el sexo de la víctima. ¿Hubiese ofrecido su casa para cometer la agresión sexual si Dña. Raquel hubiese sido *D. Fernando*? ¿Es por tanto el ánimo de discriminar el que lleva a actuar a D. Pablo o tan sólo la oportunidad de encontrarse con una mujer?

6.- CONCLUSIONES

- Para la apreciación del dolo de penetración (elemento subjetivo del subtipo agravado en el delito de la violación) es necesario demostrar, a partir de los hechos objetivos, una inequívoca intención de penetración y no sólo la genérica idea de atentar contra la libertad sexual de la víctima.
- La agravación genérica por motivos discriminatorios goza de una insuficiencia técnica legislativa por cuanto que hay categorías discriminatorias de carácter redundante o de nueva creación que opacan las ya recogidas.

⁵¹ N. De la A: Y teniendo en cuenta que en el informe hay una tercera categoría que indica no saber el sexo de la víctima, aumentando el porcentaje de cifra negra en este ámbito.



- Dentro de los delitos de agresión sexual, la reforma introducida por la Ley de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022, de de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual) supone un reforzamiento sobre la prueba del consentimiento de la persona involucrada en un contexto de violencia sexual. La violencia y la intimidación ya no son elementos del tipo sino que se transforman en un medio comisivo -entre otros- para la realización de la agresión sexual, y por ende, no necesitan ser probados para la existencia de delito. La prueba sobre la falta de consentimiento siempre ha sido obligada, pero el tenor del art. 178 CP se refuerza esa idea.

- La agravación por razones de género debería contemplarse como agravante de naturaleza eminentemente objetiva, haciendo especial referencia en los delitos de agresión sexual contra mujeres dado que esta agravante se aplica de manera sumamente restrictiva, incumpliendo el dictado del Convenio de Estambul (vigente en España desde el 1 de agosto de 2014) porque no se aprecia en cualquier caso de violencia (también sexual) contra la mujer sino sólo cuando se demuestra un específico ánimo de dominio por parte del sujeto activo varón, elemento que no se recoge en el citado Convenio.

- Se ha desarticulado la aplicación de la agravante genérica por razones de género para los casos de violencia extrema vicaria por cuanto que la naturaleza individual subjetiva dimanante de la doctrina mayoritaria se traduce en que sólo se puede proyectar sobre los hechos delictivos que impliquen directamente al sujeto



pasivo. Las consecuencias jurídicas al caso concreto son incongruentemente aplicadas pese a suscribir tal tesis, y ello en base a dos motivos: 1) Con la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que transformó en legal dicha opción interpretativa, pues se recoge en el art. 22.4º in fine: "...con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta" 2) Aún acreditándose el móvil abyecto de desprecio contra la mujer, elemento requerido en la aplicación de la agravante genérica por razones de género, no se aplica. 3) La base normativa del Convenio de Estambul, que no solo posibilita sino que requiere de la recepción de la doctrina objetivista para nuestro OJ, desde el 2014, no ha sido ni recogida en nuestro texto penal ni aplicada por los operadores jurídicos. De ahí que la interpretación de la aplicación por la agravante por razones de género no solo es restrictiva, sino que va más allá, pues es contradictoria desde que se apostilla como agravante subjetiva pero con consecuencias jurídicas contrarias a la recepción de tal tesis, dando lugar a la inobservancia de la misma en casos de violencia vicaria.

7.- BIBLIOGRAFÍA

Acale, M. (2022) "Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa" en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi.

Alario, M. (2021) *Política sexual de la pornografía*. Madrid: Cátedra.



Alario, M. (2020) *La reproducción de la violencia sexual en las sociedades formalmente igualitarias: Un análisis filosófico de la cultura de la violación actual a través de los discursos y el imaginario de la pornografía*. (Vol. II) Madrid: Ministerio de Igualdad.

Álvarez García, F. J., & Arturo Ventura Püschel. (2024). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I) Delitos contras las personas* (4ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Aránguez, T. (2023) *Filosofía para juristas*. Madrid: Dykinson.

Barjola. N (2018) *Microfísica sexista del poder. El caso Alcásser y la construcción del terror sexual*. Barcelona: Ed. Virus.

Brownmiller, S. (1981) *Contra nuestra voluntad. Un estudio sobre la forma más brutal de agresión a la mujer: la violación*. Barcelona: Planeta.

Cano, M. (2012, junio) "Intersexualidad: una mirada feminista". *Feminismo/s*. N. 19. ISSN 1696-8166, pp. 67-87.

Caruso, V. (2018). "Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada" en La Manada. *Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Catalina, M.A. (2022) "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad



de una ponderación adecuada” en *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi.

Cobo, R. (2020) *Pornografía. El placer del poder*. Madrid: Ed. B.

Cobo, R. (2017) *La prostitución en el corazón del capitalismo*. Madrid: Catarata.

Corcoy Bidasolo, M. (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch.

De Miguel, A. (2008) “La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación.” ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política. I (38).

De Miguel, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra.

Estrades. M. (2021) La violencia simbólica de las agresiones sexuales a mujeres en el cine. TFG. Islas Baleares.

Friedman, B. (2016) *La mística de la feminidad*. Madrid: Cátedra

García Rivas, N. (2011) “Delitos de agresión y abuso sexual” en *Derecho penal español. Parte Especial (I)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

García Rivas, N. & Tarancón Gómez, P. (2021). “Agresión y abusos sexuales” en *Tratado de Derecho Penal. Parte*



Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch.

Gisbert Grifo, S., Frago, J. A., Imbroda Ortiz, B.J, Tuero Sánchez, J. A., Gutiérrez, E., Gilsanz. M. R. & Ortega Burgos, E. (2022). *Derecho Penal 2022*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hernando, A. (2020) *La fantasía de la individualidad. Sobre la construcción sociohistórica del sujeto moderno*. Madrid: Traficantes de sueños.

Jeffreys, S. (1993) *La herejía lesbiana*. Madrid: Cátedra.

Lonzi, C. (2018) *Escupamos sobre Hegel y otros escritos*. Madrid: Traficantes de sueños.

Mercader, J.R. (2019) *Lecciones de derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Millet, K. (1969) *Política sexual*. México: Aguilar.

Mir Puig, S. (2011) *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel.

Moreno-Torres, M.R. (dir.) (2021) *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Orts Berenguer, E. & González Cussac, J. L. (2020). *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Patiño-Arango, A. (2015). "Como hacer el derecho con palabras". *Revista Jurídica*, 12 (1).



Portilla Contreras, G. / Velásquez Velásquez, F. (2019). *Un juez para la democracia*. Madrid: Dykinson.

Polaino Navarrete (dir.) *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos.

Quintero Olivares, G. (2016). *Compendio de la parte especial del Derecho Penal*. Pamplona: Thomson Reuters.

Sendón, V. (2021). "Sujeto mujer y deconstrucción de conceptos" en *El sexo en disputa*. Madrid: CEPC.

Sendón, V. (2019) *La barbarie patriarcal*. Madrid: Ménades.

Suárez-Mira, C. (Coord.) (2020) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (8º ed.) Navarra: Aranzadi.

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



EL ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO. UNA HERRAMIENTA COMERCIAL PARA MÉXICO

D. Rodolfo Cancino Gómez

Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Resumen: La contratación pública internacional, siempre ha tenido una expresión proteccionista de los mercados domésticos, dado que se pretende siempre incentivar y proteger los segmentos productivos nacionales, de tal manera que los procedimientos de licitación estén cerrados a la competencia externa. El reto es lograr una mayor apertura de la contratación pública a la proveeduría extranjera, que incentive la inversión y la transferencia de tecnología, armonizando la normatividad nacional de la contratación pública mediante las mejores prácticas internacionales para evitar la dispersión e inflación normativa. El Acuerdo de Contratación Pública (ACP) ofrece principios de operación que incentivan la no discriminación y una mayor apertura de amplio espectro del marco de contratación. La mayoría de los países en desarrollo, tienen compromisos contenidos en los tratados comerciales u otros mecanismos de cooperación comercial en materia de contratación, pero el ACP representa una oportunidad para combatir la corrupción



y el neoproteccionismo. Una eventual adhesión al ACP implica una serie de obligaciones, pero también muchos beneficios para detener prácticas unilaterales y discriminatorias, así como un mecanismo de solución de conflictos en un contexto de equidad procesal.

Abstract: International public procurement has always had a protectionist expression of domestic markets, given that it is always intended to incentivise and protect domestic productive segments, so that tendering procedures are closed to foreign competition. The challenge is to make public procurement more open to foreign suppliers, to encourage investment and technology transfer, and to harmonise national public procurement regulations with international best practices to avoid regulatory dispersion and inflation. The Government Procurement Agreement (GPA) provides operating principles that encourage non-discrimination and a more open and wide-ranging procurement framework. Most developing countries have commitments contained in trade treaties or other trade cooperation mechanisms on procurement, but the GPA represents an opportunity to combat corruption and neo-protectionism. Eventual accession to the GPA entails a number of obligations, but also many benefits in terms of stopping unilateral and discriminatory practices, as well as a dispute settlement mechanism in a context of procedural fairness.

Palabras claves: Acuerdo de Contratación Pública, Licitación, Adjudicación, Contrato, Mejores prácticas, Tratados Internacionales, Países en desarrollo, Solución de diferencias.



Key words: Government Procurement Agreement, Tendering, Award, Contract, Best Practices, International Treaties, Developing Countries, Dispute Settlement.

Sumario: I. México y la Contratación Pública Internacional II. El Acuerdo de la Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Una opción de adhesión para México y los países en desarrollo III. El ACP una herramienta contra el Neoproteccionismo en el ámbito Internacional IV. El ACP y los Países en Desarrollo V. Reflexión Final VI. Bibliografía

I. México y la Contratación Pública Internacional

Las compras públicas se rigen por leyes federales, locales (leyes emitidas por las entidades federativas) o por reglamentos municipales, ya que estas se llevan a cabo a nivel federal, local y municipal. Las leyes federales regulan las compras que se llevan a cabo con recursos federales. Si se transfieren recursos federales a las entidades federativas (los estados y la Ciudad de México), estos se consideran fondos propios de las entidades federativas y las compras realizadas con cargo a esos fondos se rigen por las leyes locales. En 2021 las compras del Estado aumentaron a USD 76.644 millones, es decir, representaron el 5,9% del PIB y



23,1% del gasto público.¹ Por eso la importancia de crear una sola ley o un Código Nacional de Contratación Pública que regule todos los contratos públicos a nivel federal, incluyendo empresas productivas del Estado y demás dependencias o estructuras que dependan del Poder Legislativo o Judicial, bajo la premisa de que cualquier ente gubernamental que pervive del dinero público quedará supeditado a la normatividad de dicho Código que tendrá por objeto la uniformidad de las normas de los tres niveles de gobierno y de los tres poderes que integran la Federación. En el gráfico siguiente se ilustran los tres tipos de contratación pública, sin considerar la de la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos que se rigen por sus propias regulaciones.

¹ Organización Mundial del Comercio, WT/TPR/S/429, Informe de la Secretaría, 10 de agosto de 2022, consultado el 09 de agosto de 2024



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Modalidad	Descripción
Nacional	Se convoca cuando el monto del contrato es inferior al umbral establecido en los acuerdos comerciales o cuando el acuerdo estipula que la contratación está sujeta a reservas (aunque el monto sea igual o superior al umbral).
	Solo participan personas naturales y jurídicas mexicanas.
	Los bienes, servicios y obras tienen que ser de origen nacional. Además, los bienes deben tener al menos un 65% de contenido nacional; y los contratos de obras, al menos un 30% de mano de obra nacional, y se podrá también requerir la incorporación de materiales, maquinarias y equipos nacionales.
Internacional en el marco de tratados comerciales	Cada acuerdo comercial estipula el umbral de contratación.
	Participan mexicanos y extranjeros originarios del Estado o Estados Partes.
	Los bienes, servicios y obras son de origen nacional o cumplen con las normas de origen.
Internacional abierta	Se convoca cuando: i) una licitación pública nacional ha quedado desierta; o ii) la contratación se financia con préstamos de un organismo internacional.
	Participan mexicanos y extranjeros de cualquier nacionalidad.
	Los bienes, servicios y obras pueden ser de cualquier origen (nacional o extranjero).

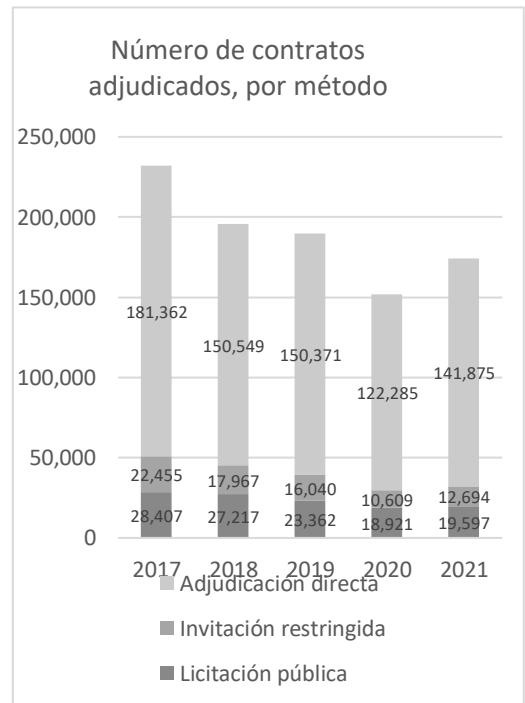
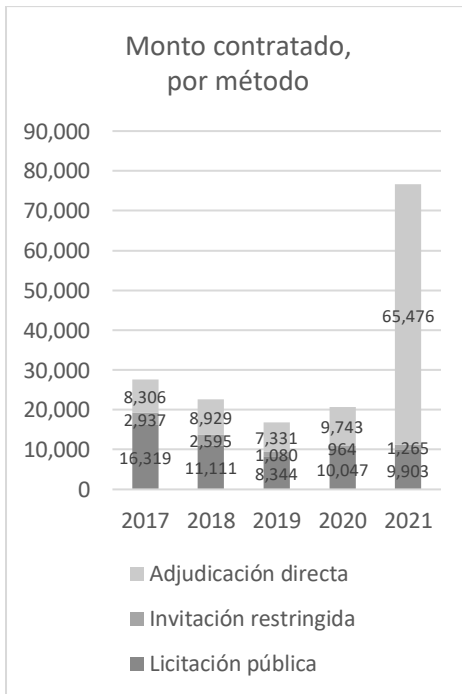
Fuente: Secretaría de la OMC e información facilitada por las autoridades.²

Es evidente que México otorga un trato preferencial a los proveedores nacionales para fomentar el desarrollo económico, pero dado que tiene compromisos internacionales al amparo de los tratados de libre comercio, existe una aparente apertura a su mercado de contratación, donde los nacionales quedan en desventaja relativa, dado que la mayoría de los sectores productivos nacionales no tienen el nivel de competitividad necesaria. Si bien los procedimientos de contratación

² Op.cit. Pág. 107



deben estar de conformidad con los tratados signados, aún falta adoptar las mejores prácticas en la contratación. Es decir, que cualquier compra gubernamental debe ser mediante licitaciones públicas y abiertas, dado que aún se tiene un elevadísimo porcentaje de contratos selectivos o de adjudicación directa, que si bien son legales, son una excepción a las licitaciones, porque dicho procedimiento ya sea selectivo o restringido debe justificarse y dictaminarse bajo circunstancias especiales, respetando irrestrictamente el principio de transparencia y acceso a la información que se genere en dicho procedimiento para evitar la opacidad.





*Elaborado con datos de la OMC

Debido a que existe una normatividad excesiva, derivado de un mandato equivocado del Artículo 134 constitucional, que ha autorizado sin justificación la generación de leyes y reglamentaciones que ha propiciado dispersión y confusión en la interpretación y aplicación de la norma nacional, dado que existe un nivel de contratación pública federal y otro nivel integrado por 64 leyes estatales en la materia, sin considerar las de asociaciones públicas-privadas.

La contratación pública internacional, implica la participación de entidades o dependencias gubernamentales a determinado nivel dentro de una estructura administrativa de gobierno para llevar a cabo licitaciones internacionales, en las que participan empresas extranjeras o nacionales o con participación extranjera dentro del territorio nacional. Cabe señalar, que el procedimiento de contratación se inicia y se agota, conforme a los términos que estipulan los apartados sobre la materia dentro de un tratado de libre comercio, cuyos anexos se delimitan las entidades gubernamentales participantes, los umbrales y niveles de participación en sectores específicos.

En México, los tratados tienen mayor jerarquía normativa que la ley nacional. Esto se reafirma con la SCJN en una tesis del 2007, novena época³, que

³ Seminario Judicial de la Federación, SCJN, P.IX/2007, abril de 2007



reconoce una mayor jerarquía normativa a los tratados sobre las leyes nacionales.

En tanto, en las licitaciones internacionales abiertas podrán participar empresas mexicanas y extranjeras, después de que una *licitación nacional se haya declarado desierta*, o se trate de una *contratación financiada por créditos externos* otorgados al Gobierno Federal (o con su garantía) en la que así se haya estipulado esta modalidad de contratación. Se advierte, que tanto los bienes a adquirir o arrendar, así como los servicios a contratar deber ser de cualquier parte del mundo sin que imponga restricción alguna. Bajo este tipo de licitación, el procedimiento de contratación es diferente, entre otros: las condiciones para llevar a cabo las licitaciones públicas internacionales abiertas; el valor límite que puede ser adjudicado bajo procedimientos de excepción; el margen de preferencia otorgado a los bienes nacionales en la comparación de las ofertas; y las funcionalidades de la plataforma de información para las contrataciones públicas, llamada CompraNet.

En esta modalidad para determinar la conveniencia de precio de los bienes, arrendamientos o servicios, se considerará *un margen hasta del quince por ciento a favor del precio más bajo prevaleciente en el mercado nacional*, en igualdad de condiciones, respecto de los precios de bienes, arrendamientos o servicios de procedencia extranjera que resulten de la investigación de mercado correspondiente.⁴

⁴ LAASP, Artículo 28, fracción III,b.



En cuanto a la contratación pública con base a tratados comerciales internacionales, solamente participarán los nacionales mexicanos y extranjeros con los que se tenga celebrado un tratado internacional que contenga disposiciones relativas a compras del sector público; y que exista la cobertura del bien o servicio licitado, de acuerdo a las reglas de origen establecidas en el mismo tratado.

México actualmente tiene trece tratados de libre comercio (9 con capítulos de compras de gobierno) destacando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Tratado de Integración Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) que contienen un título o capítulo de compras del sector público, un capítulo sobre Anticorrupción y de Inversiones, los cuales están estrechamente interconectados para un adecuado cumplimiento de los contratos públicos. El derecho a participar en "licitaciones internacionales bajo tratados" es un interés que confiere al Gobierno de México la posibilidad de negociar mejores condiciones en nuevas y futuras negociaciones comerciales con países con los que actualmente no se tiene un acuerdo, incluyendo la generación de nuevos parámetros para renegociar el capítulo sobre Contratación Pública del TMEC en el 2026.

II. El Acuerdo de la Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Una opción de adhesión para México y los países en desarrollo.

La OMC estima que la contratación pública representa entre un 15% y un 20% del PIB de los países, México y



la mayoría de los países en desarrollo no son miembros de este Acuerdo, pero que ya deberían ir repensando en su inserción ante el aumento creciente de la corrupción y de la impunidad. *La contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción.*⁵ Pero también según el Banco Mundial "... la contratación pública es un proceso de negocio dentro de un sistema público".

En consecuencia, para detonar la inversión extranjera y el desarrollo económico, se recomienda ahora más que nunca ingresar a este Acuerdo Plurilateral en su calidad de país en desarrollo para tener cierto trato especial y gradualidad en la instrumentación de sus compromisos comerciales. es un ferviente suscriptor de tratados, por lo que se puede intuir que le resulta más atractivo esta vía que solicitar su ingreso al ACP. La renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (T-MEC) dará la pauta para definir una posición más firme, ya que la renegociación del T-MEC es un enigma por resolver. Sin embargo, algunos países latinoamericanos participan como observadores en el ACP, donde Brasil y Costa Rica están en su proceso de adhesión. En un momento determinado, con la adhesión de México, este se obligaría a adoptar una política pública uniforme en materia de contratación pública conforme a los principios de transparencia, no discriminación y equidad procedimental. Todo esto para evitar operar en la opacidad, con altos riesgos de ser sancionado por omitir sus compromisos internacionales y/o por una presunta violación a sus preceptos.

⁵ <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>



La eventual adhesión trae consigo abandonar medidas proteccionistas, sino promover y fomentar las buenas prácticas, introducir el uso de las tecnologías de la información para las subastas electrónicas y facilitar la solución de los conflictos en distintos niveles que van desde una solicitud de rectificación y/o aclaración entre dependencia y proveedor extranjero, pasando por la utilización del arbitraje, hasta llegar a la última instancia que es la utilización del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

Respecto, a la contratación electrónica, es un verdadero reto, que más temprano que tarde se tendrá que hacer para transitar hacia instituciones fiables y confiables, en un ambiente donde los proveedores de bienes, servicios y servicios de construcción (obra pública) de las otras Partes participen en los procedimientos de licitación de dependencias y entidades gubernamentales.

Entre los grandes protagonistas del comercio internacional en el mercado de la contratación pública figuran la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos (EUA) que son miembros muy activos de la OMC y miembros formales del ACP. China y Rusia están ahora en proceso de adhesión en el ACP. China, por ejemplo, es observador del acuerdo desde 2002 y está en proceso de adhesión desde 2008. Las negociaciones de adhesión con estos dos países han sido muy difíciles, toda vez que parecen formar un aparente bloque comercial (no formal) junto con India. Una eventual adhesión de estos países resulta mucho más compleja, porque pretenden ingresar al ACP en carácter de países en desarrollo, lo que EE.UU. y la UE no permitirían. En tanto los países en desarrollo latinoamericanos, aunque también adoptan medidas proteccionistas en la contratación pública no



tienen la suficiente fuerza para ocasionar distorsiones en el mercado, toda vez que la mayoría de ellos no son miembros del ACP y no tienen obligaciones formales de acatar sus reglas, por lo que solo quedan supeditados a las obligaciones contraídas en los capítulos de contratación pública contenidas en los tratados comerciales internacionales (si es que los tienen).

III. El ACP una herramienta contra el Neoproteccionismo en el ámbito Internacional

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), tiene su origen y encaje en el marco multilateral de la OMC, porque retoma sus principios de funcionamiento, como la no discriminación, la transparencia y la equidad procesal. El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial. De esta forma, establece una serie de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de contratación.⁶

Si bien, se puede utilizar en segunda instancia el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, cuando los países miembros no puedan resolver mediante consultas (mecanismo alternativo) alguna controversia

⁶ Moreno Molina, José, "Avances hacia el derecho global de la contratación pública", en Souza, Beatriz y Moreno, Antonio (coords.) "DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible", España, Universidad de Castilla-La Mancha, 2021, p. 55.



comercial, uno de los grandes activos del Acuerdo de Contratación Pública, jurídicamente vinculante, es su garantía de observancia. Por un lado, porque impone el establecimiento de sistemas de impugnación de licitaciones, pero, sobre todo, porque las disputas entre sus Partes se dirimen por el procedimiento establecido en el "Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC", que establece la eventual aplicación de «represalias cruzadas» que permiten suspender concesiones en otros acuerdos de la OMC.⁷

Debido a su naturaleza jurídica ad hoc, todos los miembros de la OMC pueden adherirse al ACP y tienen la posibilidad y la opción de ampliar o limitar su ámbito de aplicación en bienes y servicios, las dependencias o entidades centrales y subcentrales, así como los umbrales (montos financieros). Para ingresar al ACP, es necesario aprobar y agotar un proceso de adhesión independiente a lo realizado para su ingreso en la OMC, en el que hay que sopesar los beneficios y costes potenciales en función de las circunstancias específicas y los intereses comerciales de cada país y el resto de los países miembros del ACP.

El ACP es un acuerdo plurilateral negociado en el seno de la OMC, lo que significa que no todos sus miembros forman parte de ella. Actualmente, cuenta con 22 Partes, que abarcan a 49 miembros de la OMC y se cuenta como una sola parte a la Unión Europea y sus 27 estados

⁷ Bonet Baiget, Alfredo, "Nuevas Oportunidades en la Contratación Pública Internacional", Boletín Económico de ICE, España, Nº 3025, 1 al 30 de abril de 2012, p. 24. <https://revistasice.com/index.php/BICE/article/view/5180/5180>



miembros. Otros 25 miembros están como observadores y varias organizaciones internacionales en el Comité de Contratación Pública.⁸

Conforme a las reglas multilaterales, los países miembros que no son parte del ACP solo están obligados a cumplir las normas y disposiciones de la OMC. Al respecto, en el Acta Final de Marrakech se establece que *"(...) los representantes convienen en que el Acuerdo sobre la OMC estará abierto a la aceptación como un todo, mediante firma o formalidad de otra clase, de todos los participantes. La aceptación y entrada en vigor de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, en este caso el Acuerdo de Contratación Pública se regirán por las disposiciones de cada Acuerdo Comercial Plurilateral"*.⁹

El ACP contiene de manera resumida los siguientes aspectos relevantes:

- Otorga garantías de trato nacional y no discriminación para los proveedores de las

⁸ Organización de Mundial del Comercio, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm, consultado el 26 de junio de 2024.

⁹ El Acta Final en la que se recogen los resultados de la Ronda Uruguay de Comercio Multilateral Negociaciones", firmado por los ministros en Marrakech el 15 de abril de 1994, tiene 550 páginas y contiene textos jurídicos que explican los resultados de las negociaciones celebradas desde la Ronda, fue lanzado en Punta del Este, Uruguay, en septiembre de 1986. Además de los textos de los acuerdos, el Acta Final también contiene textos de Decisiones Ministeriales y Declaraciones que aclaran aún más ciertas disposiciones de algunos de los acuerdos. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/03-fa_s.htm



Partes en el Acuerdo con respecto a la contratación de los bienes, servicios y servicios de construcción abarcados establecidos en las listas de cada Parte.

- Facilita la adhesión al Acuerdo y a la existencia mediante un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo.
- Garantiza que la contratación sea transparente y competitiva que no discrimine a los bienes, servicios o proveedores de otras Partes.
- Establece la obligación de informar sobre todo lo relativo a la reglamentación mediante leyes, reglamentos u otro tipo de especificaciones técnicas, entre otras disposiciones que puedan considerarse medidas discriminatorias.
- Informa sobre los procedimientos legales internos de revisión para las impugnaciones de los proveedores extranjeros.
- Adopta un programa para la ampliación del ámbito de aplicación y la eliminación de las restantes medidas discriminatorias.¹⁰

En el preámbulo del Acuerdo Revisado del 2012, sobre el neoproteccionismo señala clara y firmemente que *“las medidas relativas a la contratación pública no deberán ser elaboradas, adoptadas ni aplicadas de forma que se proteja a los proveedores, los bienes o los servicios nacionales, ni de forma que se discrimine entre los proveedores, los bienes o los servicios extranjeros”*.¹¹

¹⁰ Ver, Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) 2012

¹¹ Acuerdo sobre Contratación Pública, modificado el 30 de marzo de 2012 (ACP 2012), Preámbulo



EL ACP permite todos los procedimientos de contratación, los cuales pueden ser públicos, selectivos y restringidos, siempre y cuando sus esquemas de operación sean transparentes, imparciales y neutrales, evitando la discriminación y las prácticas corruptas. En este aspecto, es claro que en el ACP debe cumplimentar en su cabalidad los principios del Derecho Internacional y en lo particular la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Asimismo, regula excepcionalmente las licitaciones selectivas o restringidas (asignaciones directas), pero están sujetas a reglas muy estrictas y dictámenes especiales, que serán revisadas en su oportunidad por el Comité, cuando un país miembro presente una queja sobre protección de su mercado de contratación. En conclusión, si hay transparencia se garantiza la libre competencia, se promueve la competencia económica, se abate la opacidad y se combate la adopción de medidas proteccionistas que pongan en desventajas a los proveedores extranjeros que participan en un procedimiento de contratación, además de que los países miembros están comprometidos a que:

- a) las entidades contratantes cuyos procesos de contratación estarán abiertos a la participación de licitadores extranjeros;
- b) los bienes, servicios y servicios de construcción estén abiertos a la competencia extranjera;
- c) los valores de umbral se respeten irrestrictamente para permitir la competencia extranjera. Esto beneficia a los países desarrollados, cuyas empresas puedan realizar fácilmente ofertas por encima de dichos umbrales; y



- d)** a las excepciones establecidas en el ACP se cumplan debidamente es su ámbito de aplicación.

Los países miembros del ACP, dentro de su legislación nacional, no deben otorgar un trato preferente o más favorable a los bienes y servicios de sus proveedores nacionales en relación directa a las proveedurías extranjeras. Es evidente que la adopción de medidas unilaterales está prohibida, así como todas las reglamentaciones restrictivas que provoca la aparición de medidas proteccionistas entre competidores directos o indirectos que participan en los procesos de elaboración, transformación o modificación de los bienes y servicios.

De ahí que el ACP también prohíba discriminar a otro proveedor nacional en relación con otro proveedor extranjero. Este proveedor o empresa puede ser que se encuentre establecida en su territorio, que se organiza conforme a sus leyes nacionales; o bien sea una empresa extranjera no nacionalizada, o una empresa filial de una empresa extranjera u otras combinaciones societarias. La discriminación tiene varias dimensiones o niveles, así como puede tener varias acepciones o variables dependiendo del bien o servicio que ha de suministrarse o prestarse. En términos generales, no se deberá proteger un sector económico específico de la competencia externa de proveedores de bienes o servicios, ni exigir requisitos adicionales o aplicar medidas restrictivas. El ACP exige transparentar las reglamentaciones en materia de contenido nacional, cesión de tecnología mediante licencia, inversiones, o



selección de los proveedores, bienes o servicios, o en la evaluación de las ofertas y la adjudicación de contratos.

Ni duda cabe, que ser miembro del ACP permite tener una herramienta eficaz contra el neoproteccionismo. En ese orden de ideas, Jaime Pintos señala que *“... a propósito del proteccionismo es inevitable escuchar voces a favor de la mayor de las igualdades para los oferentes o licitadores de conformidad con este principio general de la contratación pública, pero debemos tener presente que los principios generales de la contratación pública también deben estar pensados y dirigidos a los destinatarios y usuarios finales de esos bienes y servicios, las sociedades, y que por tanto ese principio de igualdad también debe ser trasladado en la contratación pública a las sociedades equilibrando a través de este mismo principio allí donde haya desigualdades. Por ello y con base en la primera de las concepciones expresadas, combatir el proteccionismo nacional en los ALC es inevitable, sin embargo la realidad sobre el terreno puede ser bien distinta.”*¹²

IV. El ACP y los Países en Desarrollo

El ACP tiene un ámbito de aplicación extenso y definido, por lo que muchos Estados prefieren signar tratados

¹² Pintos, Santiago, Jaime, “Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1ª edición Colección monografías, 2017, p. 107



comerciales con un capítulo ad hoc sobre contratación pública. El ACP, ofrece un mercado de amplio espectro y de mayor competitividad, donde las empresas de los países en desarrollo se encuentran en desventaja para competir ante empresas multinacionales o transnacionales, aún menos de ganar una licitación por los montos multimillonarios de los contratos y de la tecnología y especialización requerida. Sin embargo, muchos países, en este caso latinoamericanos participan en calidad de observadores, mientras que Brasil y Costa Rica están en proceso de adhesión en su carácter de país en desarrollo¹³.

Los países en desarrollo que se encuentren interesados en formar parte, tendrán que implementar en su estrategia cualquiera de las tres hipótesis siguientes: i) ampliar la cobertura y alcance de su mercado de contratación pública y elevar el nivel de competitividad de sus empresas nacionales ii) combatir la corrupción y otros vicios del procedimiento de contratación mediante las buenas prácticas que pregonan el ACP y iii) armonizar todos los compromisos internacionales establecidos en tratados, y sujetarlos al ACP.

¹³ Acuerdo de Contratación Pública, Artículo VI, Países en Desarrollo. 1. En las negociaciones de adhesión al presente Acuerdo, y en la aplicación y administración del mismo, las Partes prestarán una atención especial a las circunstancias y las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de desarrollo", a menos, que dichas circunstancias y necesidades pueden variar significativamente de un país a otro. Conforme a lo previsto en el presente artículo y cuando se reciba una solicitud a tal efecto, las Partes concederán trato especial y diferenciado.



En la adhesión de un país en desarrollo al presente Acuerdo, cada país miembro otorgará de inmediato a los bienes, servicios y proveedores de ese país en desarrollo la cobertura más favorable que esa Parte otorgue en el marco de sus compromisos contenidos en los Anexos del Apéndice I, con sujeción a las condiciones previamente pactadas, sin que ello propicie un desequilibrio de oportunidades y beneficios en el marco del ACP para el resto de los miembros. Esto refiere a las listas de entidades centrales, subcentrales; bienes y servicios cubiertos y umbrales (montos financieros que por debajo de los mismos corresponden solo a los países miembros). De esa manera, un país en desarrollo podrá adoptar o mantener, durante un periodo de transición para cumplir con sus compromisos establecidos, bajo un calendario determinado en sus Anexos antes aludidos bajo el principio de no discriminación.

En el ACP, se coadyuva a que un país en desarrollo adopte porcentajes mínimos de la oferta que incluya bienes o servicios originarios del país en desarrollo que otorgue la preferencia, o bienes o servicios originarios de otros países en desarrollo respecto de los cuales el país en desarrollo que otorgue la preferencia tenga la obligación de proporcionar *trato nacional* con arreglo a un acuerdo preferencial, a condición de que, si el otro país en desarrollo es Parte en el presente Acuerdo. Este tratamiento, se hará extensivo a los demás países en desarrollo y tendrá un efecto multiplicador de abrir nuevos mercados. Sin embargo, aunque su adhesión sea en carácter de país en desarrollo, deberá negociar y acordar la incorporación gradual de entidades o sectores específicos y aumentar su umbral de origen o de adhesión.



El principio de no discriminación, consistente en que *"cualquier medida relativa a las contrataciones abarcadas, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional a los bienes y servicios de cualquier otra Parte y a los proveedores de cualquier otra Parte que ofrezcan bienes o servicios de cualquiera de las Partes, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes"*¹⁴. En este caso los países en desarrollo darán prevalencia de participación en los procedimientos de contratación a los bienes, servicios y proveedores nacionales, por lo que no se hará extensivo a los bienes, servicios y proveedores de cualquier otra Parte, solo por un periodo determinado, cuyo límite no puede exceder de tres años.

Los países en desarrollo tendrán derecho a la profesionalización de sus operadores jurídicos y de cooperación técnica necesaria para la instrumentación de sus obligaciones, donde el Comité del ACP examinará cada cinco años el cumplimiento de la operación y la armonización de su legislación nacional conforme al marco normativo del ACP y sus apéndices y anexos.

El concepto de reciprocidad funciona en gran medida en el marco del ACP y de los tratados comerciales internacionales. No obstante, el acceso al ACP no es un camino fácil, toda vez que se requiere un billete de entrada muy caro. Por lo tanto, no estar dentro del ACP o tener un tratado con países desarrollados significa estar expuesto a la discriminación o quedar excluido del

¹⁴ Acuerdo de Contratación Pública, Artículo IV, Principio de no Discriminación, Artículo 4.1.



mercado, por lo que el ACP no proporciona herramientas reales para homogeneizar las interpretaciones de los comportamientos discriminatorios. Además, dado que en la práctica no se recurre a las denuncias de los Estados y que los tribunales nacionales no pueden ni plantear cuestiones ni pedir aclaraciones, no existe una interpretación jurídica armonizada de cómo debe interpretarse el principio de no discriminación en el ACP y exigir la reciprocidad a la que tiene derecho como miembro activo.

Irónicamente, sin embargo, en el actual contexto de incertidumbre sobre el proceso de globalización de la legislación sobre contratación pública, el papel del ACP como garante de los principios mínimos de libre comercio y no discriminación en la contratación pública parece crucial. Sin embargo, no está claro si el ACP, como acuerdo internacional, tiene la base necesaria para garantizar la reciprocidad, asegurar la no discriminación y dictar nuevas normas para facilitar la adhesión de nuevos miembros que le den una base democrática de funcionamiento y reglas válidas para resolver cualquier conflicto comercial en este ámbito.¹⁵

La OCDE reconoce que la contratación pública, es la clave de la actividad económica de las administraciones públicas y el desarrollo económico de los países, siempre y cuando se combata y se erradique la mala gestión, la

¹⁵WOLFE, Robert. Exposing governments swimming naked in the COVID-19 crisis with trade policy transparency (and why WTO reform matters more than ever). En: BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J (eds.). COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work. Londres: Centre for Economic Policy Research, p. 165-178, 2020.



colusión, el soborno, el fraude y la corrupción que hace mal uso del dinero público, aportado por los contribuyentes. Dada la discrecionalidad que ejerce la autoridad en los procedimientos de contratación, ya sea de contratación restringida o selectiva (adjudicaciones directas), es recomendable que los países en desarrollo, incluyendo México se adhieran al ACP de la OMC para que realmente se obliguen a establecer un sistema uniforme a nivel internacional en materia de contratación pública estratégica. Llevar a cabo las compras públicas mediante el mecanismo de excepción denominado "adjudicaciones directas", aunque están regladas en las leyes en la materia tienen un alto grado de opacidad con elevados índices de corrupción.¹⁶

Si bien, no se quiere pagar un precio tan alto para ingresar al ACP, se recomienda que los países en desarrollo participen en los trabajos de dicho Acuerdo en calidad de observadores, en particular los países latinoamericanos para adquirir experiencia y ponderar la viabilidad de acceder a posteriori al ACP. La calidad de observador se obtiene mediante el aval del Comité del Acuerdo de Contratación Pública. Esta calidad se debe seguir para los países en desarrollo, a reserva de tomar una decisión de adhesión o no, o cuando menos retomar parámetros o mejores prácticas para incorporarse a la legislación nacional,¹⁷ conforme a los lineamientos específicos para el desempeño de un representante

¹⁶ Cancino Rodolfo, Emergencia Sanitaria por Covid 19 "Contratación Pública", "Tres decretos que impactan la contratación pública durante la pandemia", IIJ-UNAM. 2020.

¹⁷ Acuerdo de Contratación Pública, Artículo XXI.4 Instituciones, Comité de Contratación Pública, Observadores.



gubernamental dentro del Comité, así como las condiciones en que se concederá la calidad de observador, incluida la relativa al suministro de información. Los observadores podrán participar en las deliberaciones, pero las decisiones serán tomadas únicamente por las Partes.¹⁸

V. REFLEXIÓN FINAL

Los países en desarrollo, en caso de ser miembros plenos del ACP tendrían que aceptar la competencia de proveedores extranjeros, que llega en condiciones pactadas, a cambio de la reciprocidad u otras ventajas. Pero deberá tomarse en cuenta, que también enfrentarán la competencia de países con los que no se tienen tratados sean en condiciones desleales, fuera de las reglas pactadas en los mismos tratados comerciales. De ahí la importancia, que los países en desarrollo, latinoamericanos, incluyendo a México, soliciten tener un papel de observador tales como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Brasil, Ecuador, Panamá, Paraguay y República Dominicana en el ACP para que en un etapa posterior analicen la posibilidad de formalizar su adhesión.

Independientemente de sus causas, es creciente la aparición de medidas proteccionistas de los países desarrollados en contratación pública, que están adoptando mecanismos unilaterales y restrictivos en contratos públicos para empujar a los países en desarrollo a signar acuerdos bilaterales para que dejan

¹⁸ Ver, Decisión sobre la participación de observadores en el Comité de Contratación Pública (1994).



de aplicar medidas unilaterales contra ellos.¹⁹ Por tanto, sería importante que el ACP tenga un carácter multilateral en compras del gobierno, para confrontar directamente el neoproteccionismo en la materia.

Dependiendo del volumen comercial y capacidad comercial y financiera de una candidatura de adhesión al ACP, son las concesiones que deben otorgarse. En algunos casos se otorga flexibilidad de adhesión (Brasil y Costa Rica), mientras que a otros como a China y Rusia se le exigen elevadas concesiones, donde inciden intereses políticos que lo interpretan como una amenaza para el mercado de la contratación pública. Por ejemplo, China, tiene 15 años negociando su adhesión, dada su elevada competitividad y su pretensión de reconocimiento de "país en desarrollo" en el ACP.

Desde un análisis costo/ beneficio de adhesión al ACP, el saldo es favorable para contar con un sistema único y armonizado y que los países en desarrollo se favorezcan de un trato especial o diferenciado. Sin duda el ACP es un acuerdo que garantiza una mayor transparencia en los mercados de contratación pública, incentiva la libre competencia y el combate frontal a la corrupción y al neoproteccionismo. Los procedimientos de contratación pública serán exitosos en la medida que garanticen la calidad y correcta aplicación de las leyes bajo un formato

¹⁹ Acuerdo Económico y Comercial EE.UU-China, 15 de enero de 2020. Estados Unidos aumentó unilateralmente los aranceles a las exportaciones chinas de acero y aluminio, a cambio China adoptó restricciones a las exportaciones estadounidenses de productos agrícolas.



uniforme y armonizado, en consonancia a los principios y preceptos del ACP.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Bayless, Ian, "Aportes internacionales sobre contratación pública y su influencia en el sistema panameño" *Ratio Legis*, Panamá, Año 1 N° 2, julio a diciembre de 2021

Bonet Baiget, Alfredo, "Nuevas Oportunidades en la Contratación Pública Internacional", *Boletín Económico de ICE*, España, N° 3025, 1 al 30 de abril de 2012.

Cancino Gómez Rodolfo, *Emergencia Sanitaria por Covid 19 "Contratación Pública", "Tres decretos que impactan la contratación pública durante la pandemia"*, IIJ-UNAM. 2020.

Cancino Gómez, Rodolfo y López Olvera, Miguel Alejandro, "La contratación pública", Madrid, Wolkers Kluwer, 2019

Cozzio Michele, *La nueva política comercial de la Unión Europea (UE) y sus efectos en la contratación pública internacional*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIV, Número 288, Enero-Abril 2024.

Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, *Regime-collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, MJIL

Miranzo Díaz J. *The tension between global public procurement law national/populist tendencies: proposals*



for reform., Revista de Investigacoes Constitucionais, Vol. N. 2, Agosto 2020. Brasil.

Kutlina-Dimitrova, Zornitsa, Government Procurement: Data, Trends and Protectionist Tendencies Trade, Issue 3, septiembre 2018.

Moreno Molina, José A. 2021, "Avances hacia el derecho global de la contratación pública", en Souza, Beatriz y Moreno, Antonio (coords.) "Desarrollo en Brasil, España y la Unión Europea: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible", España, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Pintos, Santiago, Jaime, "Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1ª edición Colección monografías, 2017, p. 107

Sacerdoti Giorgio, La crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio: ragioni e prospettive di rilancio dopo la 12a conferenza ministeriale di Giugno 2022, Rivista del Commercio Internazionale, No. 3. 2022-

Vide Baldwin, Richard, y Patrick, Low, Multilateralizing Regionalism, Challenges for the Global trading System, Geneva, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 2009.

Virdzhiniya Petrova Georgieva, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 20, Universidad Nacional Autónoma de México, marzo 2021.



Weil, Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law?" 77 *American Journal of International Law*, 1983.

WOLFE, Robert. Exposing governments swimming naked in the COVID-19 crisis with trade policy transparency (and why WTO reform matters more than ever). En: BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J (eds.). COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work. Londres: Centre for Economic Policy Research, p. 165-178, 2020.

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

BASES PARA LA

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS
Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX,
REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA
JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA
MANCHA**



I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.



2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").



Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:



1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.



Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@iccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título



incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*²⁰. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá

²⁰ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.



Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en



cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la



información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)



Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

