

# LEX CRIMINALIS

BOLETÍN JURÍDICO PENAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº4 | Septiembre 2023 semestral



**AJFV** ASOCIACIÓN  
JUDICIAL  
FRANCISCO DE  
VITORIA

IMPACTO EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA LEY 4/2023.

A VUELTAS CON EL DERECHO TEMPORAL

LOS AJUSTES PROCEDIMENTALES EN EL PROCESO PENAL:  
DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y LA FIGURA DEL FACILITADOR

Guía de instrucción para los delitos contra la seguridad social (II)

Nº4 septiembre 2023. Semestral

## LEX CRIMINALIS

Boletín Jurídico Penal de la Asociación  
Judicial Francisco de Vitoria  
ajfv@ajfv.es

## CONSEJO ASESOR

Andrés Martínez Arrieta  
José Luis Seoane Spiegelberg  
Pascual Martínez Espín  
Juan Francisco Mestre Delgado

## COMITÉ EDITORIAL:

Luis Juan Delgado Muñoz (Coord.)  
Verónica Ponte García  
Claudio García Vidales  
Rafael Herreros López  
Arturo Valdés Trapote

Edita: Asociación Judicial Francisco  
de Vitoria.  
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2773

## EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

03

## IMPACTO EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA LEY 4/2023

por Verónica Ponte García. Magistrada del  
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº  
6 de Getxo.

38

## A VUELTAS CON EL DERECHO TEMPORAL

por Luis Ortiz Vigil, magistrado titular,  
integrante de la Sección 8ª de la Audiencia  
Provincial de Asturias

54

## LOS AJUSTES PROCEDIMENTALES EN EL PROCESO PENAL: DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y LA FIGURA DEL FACILITADOR

por Isabel Hernández de la Peña. Abogada en  
la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas  
con Discapacidad Intelectual (UAVDI) de la  
Fundación A LA PAR

65

## LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL (y II).

por Delia Ghiurca Gruita. Abogada ICAB

# IMPACTO EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA LEY 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

CONSEQUENCES IN THE LAW AGAINST GENDER- BASED VIOLENCE DUE TO THE LAW FOR THE REAL AND EFFECTIVE EQUALITY OF TRANSGENDER PEOPLE AND THE GUARANTEE OF LGTBI RIGHTS..

Verónica Ponte García

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Getxo

Fecha de recepción: 16 de julio de 2023.

Fecha de aceptación:

## SUMARIO:

I. Rectificación registral del sexo.

II. Ley de Violencia de Género.

III. Conclusiones.

Bibliografía

## RESUMEN

A la vista de la entrada en vigor de la ley denominada socialmente “trans”, se atribuye la facultad a las personas de cambiar en el Registro Civil la mención que en el mismo conste acerca del sexo de una persona. Este estudio tiene por finalidad comprender el procedimiento y comprobar si esta posibilidad puede afectar y, en su caso, cómo a la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 que contempla provisiones normativas aplicables en el ámbito penal cuando el autor sea o haya sido el cónyuge de la mujer o esté o hay estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

## ABSTRACT

*Due to the entry of the law for the real and effective equality of transgender people and the guarantee of LGTBI rights (4/2023), it is recognised the right to change the entry related to gender in the Civil Register. This study aims to understand the proceedings and verify if this right may affect and if so, how it affects the law against gender- based violence (1/2004), which punishes some acts committed by a man against the woman who is or has been his wife or companion in a similar relationship as marriage, even without coexistence.*

## PALABRAS CLAVE

hombre; mujer; transexual; fraude de ley; buena fe

## KEYWORDS:

*man; woman; transgender; fraud of law; good faith*

## INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es determinar la posible trascendencia de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI sobre la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Así, se considera que, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 4/2023, se puede plantear un problema o al menos, una duda razonable en cuanto al sujeto activo de la comisión de un ilícito penal en cuanto a que la ley 1/2004 hace referencia a que la conducta típica debe ser llevada a cabo por el varón que tenga o haya tenido una relación análoga a la matrimonial con la víctima que debe ser mujer.

En particular, el quid estriba en determinar si un cambio del sexo registral reconocido por la entrada de la Ley 4/2023 puede evitar la aplicación de determinadas medidas de protección integral que prevé la Ley Orgánica 1/2004, aun cuando se haya hecho con tal intención, es decir, en aras a eludir el supuesto que esta norma parece pretende erradicar: la situación de superioridad que históricamente ha tenido el varón sobre la mujer.

### Rectificación registral de la mención del sexo

#### I.1 Antes de la ley 3/2007

A la vista de que este trabajo pretende aportar soluciones y armonizar la legislación y jurisprudencia, se considera necesario hacer mención al estado de la cuestión en el momento anterior a que por parte del legislador, con la promulgación de la Ley 3/2007, se habilitara expresamente la posible rectificación registral por razón de cambio de sexo, y ello mediante la sucesiva exposición de los cinco hitos jurisprudenciales anteriores a tal promulgación a través de los que la Sala primera del TS fue dibujando los contornos de aquella.

### **I.1.i STS de 2 de julio de 1987**

Esta Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 436/1987 de 2 de julio de 1987 planteaba la transexualidad como un problema derivado de los avances de la cirugía plástica y un problema social sobre el que Derecho no podía hacer caso omiso. Por ello, realiza un pormenorizado estudio de la materia y el régimen jurídico aplicable por entonces ante la ausencia de previsión legal al respecto.

En ese momento, y como curiosidad, las sentencias del Tribunal Supremo (TS) traen a colación el Derecho comparado y de este modo, hacen un resumen de la legislación en esta materia. En concreto, la mentada resolución recuerda que, hasta ese momento, no se había legislado en muchos países de la Unión Europea permitiendo la rectificación en el Registro civil del sexo y el nombre por medio de solicitud de personas que no se sentían identificadas por el sexo inscrito en el momento de su nacimiento.

Si bien las regulaciones existentes en algunos países eran dispares, con carácter general, permitían la modificación registral del sexo, previo cumplimiento de una serie de requisitos que, en la mayor parte de las naciones con este tipo de regulación, incluía la cirugía de cambio de sexo, salvo en Holanda donde se exigía una resolución judicial firme y una adaptación del cuerpo de la persona solicitante al sexo pretendido.

Adicionalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en su sentencia de 17 de octubre de 1986<sup>1</sup>, había concluido que la legislación británica sobre rectificación registral en lo relativo al sexo pertenecía al margen de apreciación de los Estados quienes debían reglar el correcto equilibrio entre el interés general y el interés individual.

Por ende, no había habido injerencia en la vida privada, de tal forma que no afectaba al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que reconoce el derecho a la vida privada, toda vez que, primero, es perfectamente posible según la legislación británica de la época la modificación del nombre y, por otro lado, la inscripción del sexo se limita a la certificación del sexo con el que nació la persona solicitante<sup>2</sup>, sin que se diera disonancia entre la realidad física y el sexo inscrito, ni hubiera habido otro error. Así, consideraba que el cambio quirúrgico de sexo no cambiaba el sexo cromosómico, manteniéndose aquel con el que había nacido.

---

<sup>1</sup> STEDH de 10 de octubre de 1986, asunto Rees contra Reino Unido (*demanda n° 9532/81*).

<sup>2</sup> En mismo sentido, se pronunciarían las SSTEDH (pleno) de 27 de septiembre de 1990 (caso Cossey contra Reino Unido) demanda n° 10843/84 y 30 de Julio de 1998 (casos Sheffield y Horsham, acumulados, contra Reino Unido) demanda 31-32/1997/815-816/1018-1019

En este mismo sentido, entiende que no se conculca el derecho de casarse y de fundar una familia (art. 12), toda vez que dicho precepto pretende proteger el matrimonio en la forma que legalmente se concebía en el momento: heterosexual o entre personas de distinto sexo.

En España, por su parte, no existía regulación<sup>3</sup> acerca de la transexualidad, más allá de la despenalización, operada por LO 8/1983 de 25 de junio, de las lesiones en que hubiera mediado consentimiento, es decir, entre otras, las operaciones que dicha ley denomina “cirugía transexual” llevadas a cabo por facultativos en forma legal.

Sin embargo, sí que había habido resoluciones judiciales en las que se reconocía el cambio en el Registro Civil del sexo y del nombre de la persona, si bien exigiendo la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento hormonal acorde. De esta forma, se venía reconociendo como derecho de la personalidad, el derecho a un sexo determinado, en atención a los “atributos psicológicos y características sexuales”. En este sentido, se había pronunciado también la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>4</sup>.

A partir de esta laguna, reconoce como hechos ciertos que la persona solicitante ha cumplido el rol de mujer, con cambio quirúrgico y entiende que se debe dar una solución jurídica. Así, entiende que, ante el cambio de morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos, junto al comportamiento que socialmente se atribuye a las mujeres, estamos ante una ficción que puede ser protegida por el Derecho y, por ello, debe dar lugar a la rectificación del sexo atribuido en el momento del nacimiento, lo que incluye el derecho a cambiar de nombre para que sea acorde al sexo psíquico. No obstante, tal declaración tiene efectos limitados, de tal manera que no supone una equiparación absoluta con el sexo femenino, entendiendo que se adolece de la “plena capacidad y aptitud”, en la realización de determinados actos o negocios jurídicos, como el matrimonio.

### I.1. ii STS de 15 de julio de 1988

La STS 607/1988 de 15 de julio<sup>5</sup> plantea el problema de la competencia de los órganos judiciales para resolver sobre transexualidad, a la vista de la carencia

<sup>3</sup> Esta resolución reconoce que, en el ámbito gubernativo, hasta la resolución de 17 de marzo de 1982 que reenvía al ámbito judicial, la resolución de la Dirección General de los Registros extendió la aplicación del expediente de rectificación de error relativo al sexo previsto en el art. 93.2 de la Ley del registro civil, a los supuestos de transexualidad. El Alto Tribunal descartó también esta aplicación para los supuestos de transexualidad, remitiendo a la vía judicial.

<sup>4</sup> Dicho informe se emitió en el marco del asunto Van Oosterwijk contra Bélgica, STEDH de 6 de noviembre de 1980 (*demanda no 7654/76*). Dicha resolución no entró a resolver del fondo por un motivo formal, cual es que la falta de agotamiento de los recursos internos (Artículo 26 del Convenio).

<sup>5</sup> STS 607/1988 de 15 de julio de 1988, ECLI:ES:TS:1988:9445

de regulación sobre la materia y su posible impacto sobre la seguridad jurídica, proclamada en el art. 9.3 de la Constitución (en adelante, CE).

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) había declarado la directa aplicación de la CE, lo cual vincula también a los poderes públicos y en concreto, los tribunales conforme al art. 5 LOPJ. Ello es coherente con el art. 9 CE.

De este modo, se concluye que no afecta a la seguridad jurídica que los órganos judiciales<sup>6</sup> reconozcan el cambio de sexo de una persona que mantiene su genotipo, a pesar de la falta de regulación específica. Para ello, se fundamenta en el art. 10 CE, entendiendo que forma parte del derecho de la persona al libre desarrollo de la personalidad la inclusión de los cambios físicos de la forma del ser humano, siempre que ello no implique ilícito civil o penal, y tomando en consideración que no está expresamente prohibido por la legislación.

No obstante, limita el reconocimiento a que se realice por vía judicial y en todo caso, sin comprender el supuesto del matrimonio, entendiendo que aun cuando no se de publicidad, el matrimonio sería nulo.

Finalmente, valora a la hora de conceder la rectificación registral del sexo, que es preciso tomar en consideración los factores psíquicos, en concreto, en razón de la acreditada personalidad psíquica de naturaleza del sexo deseado. Para ello, toma en consideración la proyección morfológica de quien se define física y socialmente como perteneciente a sexo distinto al atribuido al nacer.

### **I.1.iii STS de 3 de marzo de 1989**

En tercer lugar, la STS 189/1989 de 3 de marzo de 1989<sup>7</sup> acuerda que la mención registral debe modificarse priorizando los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente biológicos, si bien exige que el solicitante se someta previamente a una cirugía de reasignación de sexo<sup>8</sup>.

De este modo, se basó para el reconocimiento de la rectificación, en que esta persona se presentaba como del sexo al que sentía pertenecer, con la vestimenta y comportamiento atribuida a ese sexo y en su vida social, era reconocido por

<sup>6</sup> En apoyo de la resolución de casos, aduce esta resolución que el derecho positivo regula las relaciones sociales, atendiendo a las necesidades del momento y aun cuando exista una laguna legal, ello no impide que se deba resolver las nuevas situaciones aplicando el sistema de fuentes (ex art. 1 CC). De esta forma, la jurisprudencia tiene la función de complementar el ordenamiento jurídico (conforme con el art. 1.6 CC), al armonizar el Derecho positivo y la realidad social, aplicando las fuentes anteriormente mencionadas.

<sup>7</sup> STS 189/1989 de 3 de marzo de 1989, ECLI: ES:TS:1989:8991

<sup>8</sup> En este sentido, se pronuncian las SSTS 287/1991 de 19 de abril de 1991 (ponente: JAIME SANTOS BRIZ, ECLI: ES:TS:1991:2141), 436/1987 de 2 de julio de 1987 (Ponente: JUAN LATOUR BROTONS, ECLI: ES:TS:1987:8700).

ese sexo, habiéndose sometido, como culmen de dicha vida, a una operación quirúrgica. Todo ello le generó problemas en cuanto a su identificación, lo que suponía que, sin el cambio registral, se producía de facto la imposibilidad del libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 10 de nuestra Constitución.

Merece la pena, sin embargo, destacar el siguiente comentario que realiza esta resolución: *“Todas estas situaciones, que desde el punto de vista biológico y médico, pueden encuadrarse en lo que llamaríamos un inter sexo, no alcanzan igual encuadre desde el punto de vista del derecho. De una parte, la relativa inusualidad de su ocurrencia» que no ha atraído aún la atención legislativa, y, de otra, el rechazo social que su conocimiento comporta pese a la evidente inimputabilidad de la situación al sujeto que lo sufre, obligan a su inclusión dentro de uno de los dos únicos sexos que el derecho reconoce. De tal forma que, aún partiendo de la base de que el sujeto en cuestión tiene unas características que no coinciden enteramente con la del resto de los individuos que componen el grupo en el que se encuadra, no tenemos otra solución que otorgarles uno de ambos sexos, para lo cual no solo habremos de atender al componente hormonal, así como al precedente que supuso su inscripción en el Registro Civil, a raíz de su nacimiento, como varón o hembra, sino también a los restantes y más importantes elementos que determinan su entera personalidad, somática y psíquica”*.

En esta sentencia, el TS reconoce, primero, que debe resolver la cuestión a pesar de la evidente laguna legal que existía y, segundo y más importante, que en Derecho nuestro legislador solo reconoce dos sexos y por una “ficción”, incluye a la persona en uno de esos dos sexos, atendiendo, entre otros criterios, a la personalidad de quien lo solicita.

No obstante, dicho reconocimiento del cambio registral acerca del sexo y del nombre no le atribuye los mismos derechos del sexo buscado y adquirido y, así, limita los efectos de la declaración, por cuanto, al no haber base legal que lo reconozca, se impide la validez de los matrimonios que esta persona pudiera contraer (*“los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado, serían nulos”*)<sup>9</sup>.

#### I.1.iii STS de 19 de abril de 1991

En cuarto lugar, la STS 287/1991 de 19 de abril de 1991 recuerda su jurisprudencia relativa a la prioridad del sexo psicológico sobre el cromosómico. Ello se deriva del *“irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital”* y así, por un lado, desde un punto de vista familiar y social, es tratada con este sexo distinto al atribuido

<sup>9</sup> Recuérdese que España fue uno de los primeros países en reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo y ello gracias a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

en la inscripción de nacimiento y, por otro lado, ha sufrido una cirugía para acomodar su cuerpo al sexo deseado.

Es, por ello, que la falta de reconocimiento registral vulneraría el derecho al desarrollo de la personalidad previsto en el art. 10.1 CE y, en consecuencia, autoriza para incluir el desarrollo de los cambios físicos del ser humano y, por ende, se debe acceder a la rectificación solicitada en el Registro civil de cambio de sexo y nombre.

Sin embargo, tal reconocimiento del cambio en el Registro civil tiene como límite contraer matrimonio por cuanto sería nulo por inexistente (ex art. 44 y 73 del Código civil y 32.1 CE), como consecuencia de las restricciones derivadas de la naturaleza física humana.

A 29 de abril de 2002, el TEDH, en el caso *Pretty*<sup>10</sup> contra Gran Bretaña<sup>11</sup>, concluye que la “vida privada”, en los términos del derecho reconocido en el art. 8 CEDH, es un concepto abierto, de tal manera que incluye tanto la integridad física, como la psicológica. Asimismo, protege el derecho al desarrollo personal y a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.

Así, el término “vida privada” incluye identidad social, identificación de género, nombre, orientación sexual y vida sexual (pár. 61), así como la autonomía personal, en el sentido de llevar la vida que una persona quiere, extendiéndose a la realización de aquellas actividades que puedan implicar riesgos físicos o morales para la persona (pár. 62).

### **I.1.iiii STS de 6 de septiembre de 2002**

Finalmente, la STS 811/2002 de 6 de septiembre de 2002<sup>12</sup> realiza un pormenorizado examen de la jurisprudencia existente hasta entonces y, en ese momento, reseña el cambio en la tendencia en la jurisprudencia del TEDH<sup>13</sup> en virtud del cual se reconoce que la falta de reconocimiento del cambio de sexo en el ámbito registral vulnera el derecho a la vida privada de los solicitantes. En el presente caso, el supuesto planteado ante al Alto Tribunal trata sobre una persona que, tras el proceso hormonal, se había sometido a la “ablación mamaria”, sin haber podido continuar con el tratamiento por motivos puramente económicos.

<sup>10</sup> Se trata de un supuesto relativo a la eutanasia.

<sup>11</sup> STEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty* contra Reino Unido (demanda. [2346/02](#))

<sup>12</sup> STS 811/2002 de 6 de septiembre de 2002, ECLI: ES:TS:2002:5786

<sup>13</sup> Entre otras, STEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin* contra Reino Unido (demanda 28957/95). Recuerda esta resolución que “la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendiendo el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano.”

Por tanto, existe un dato distintivo frente a los supuestos estudiados por las anteriores sentencias del Alto Tribunal y es que, en este caso, no ha completado el proceso quirúrgico de reasignación de sexo.

Esta es la diferencia radical. Entiende esta resolución que el reconocimiento de la identidad sexual de una persona no se basa exclusivamente en el dato cromosómico, ni tampoco en los factores psicológicos, sino que es *conditio sine que non* el sometimiento a tratamientos hormonales y quirúrgicos. Por ello, desestima la petición del cambio registral.

### I.2 Durante la vigencia de la ley 3/2007

El 17 de marzo de 2007 entró en vigor la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Dicha ley reconoce que las personas con nacionalidad española y con capacidad suficiente podrán solicitar la rectificación de la mención registral de sexo, que conllevará el cambio del nombre propio.

Una vez realizada la solicitud de rectificación, deben concurrir una serie de motivos: primero, un diagnóstico de disforia de género, acreditado mediante informe de médico o psicólogo clínico en el que se certifique, por un lado, la existencia de disonancia entre el sexo morfológico y el sentido por el solicitante, así como la estabilidad y persistencia de esta situación<sup>14</sup> y, por otro lado, la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran tener relevancia en el deseo del cambio de sexo.

Segundo, se exige un tratamiento médico de, al menos, dos años para el ajuste a los rasgos físicos relativos al sexo deseado y que se debe certificar por medio de un informe médico colegiado que haya seguido el tratamiento o, en su defecto, del médico forense especializado. Se excepciona que hubiera razones de salud o edad que imposibiliten el tratamiento, siempre que se aporte certificación médica de este extremo.

No obstante, expresamente se descarta como condición para el reconocimiento del cambio registral el sometimiento a tratamiento quirúrgico. Ello supone un cambio en la jurisprudencia del TS que había esperado esta legislación a fin de regular la laguna sobre la cual se había visto obligado a resolver, como hemos visto anteriormente.

Concurriendo las condiciones anteriores, se acordará la rectificación con efectos constitutivos en el Registro civil y, por ende, la persona podrá a partir

---

<sup>14</sup> En concreto, requiere “existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia”.

de entonces ejercer los derechos inherentes al sexo deseado, sin afectar a la titularidad de derechos y obligaciones de las que fuera titular la persona con anterioridad al cambio.

Por su parte, a 11 de septiembre de 2007, el TEDH, en el caso L. contra Lituania<sup>15</sup>, recuerda la obligación que compete a todos los Estados de asegurar el respeto por la vida privada, incluyendo el respeto a la dignidad humana y la calidad de la vida<sup>16</sup>. Constata dicho tribunal que ha habido una evolución en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, si bien entiende que este derecho se debe extender al reconocimiento de la modificación de sus datos civiles en personas que han sufrido la cirugía de cambio de sexo<sup>17</sup> (pár. 56).

Desde la STS 929/2007, de 17 de septiembre, como consecuencia de la entrada en vigor de la legislación expuesta y del cumplimiento de la misma, se descarta el requisito de la operación quirúrgica de reasignación sexual como necesario para acordar judicialmente la rectificación en el Registro civil del asiento relativo al sexo y al nombre.

Así, las resoluciones judiciales dictadas en primera y segunda instancia, con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley, denegaban la inscripción con base a que, a pesar del cambio físico, en los hábitos y los factores psicológicos y sociales, así como el sometimiento a tratamiento, faltaba la cirugía de reasignación de sexo.

Reconoce el Alto Tribunal que este tratamiento quirúrgico, por su permanencia, supone la plasmación de una intención firme de vivir conforme al sexo pretendido, alejándose de voluntades volátiles y, por ello, así se venía exigiendo por la legislación de países del entorno y la jurisprudencia del TEDH y del mismo TS.

Sin embargo, esta operación no es determinante, en el sentido de que no cambia el material del genotipo y fenotipo y desde luego, no es coherente con las nuevas ideas sociales y jurídicas. En este sentido, subraya el cambio social

---

<sup>15</sup> STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L. contra Lituania (*demanda no. 27527/03*)

<sup>16</sup> Así, se reitera el TEDH en otras resoluciones, como la STEDH de 8 de enero de 2009, asunto Schlumpf contra Suiza (*demanda nº 29002/06*). De este modo, recuerda que la dignidad y la libertad de la persona, parte esencial del CEDH, el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de los transexuales debe ser objeto de garantía (pár. 100 y 101). Ello no solo genera obligaciones negativas (de evitar injerencias) para los Estados, sino también positivas a fin de garantizar el respeto efectivo a la vida privada o familiar (pár.102).

<sup>17</sup> En este caso, el problema radicaba en que, pese a que la ley lituana reconoce el derecho al cambio de género y al estado civil, no se regula la cirugía de asignación de sexo, lo que implica que la persona solicitante se encuentra con una reasignación parcial y con graves consecuencias en sus posibilidades de trabajo y viaje que se subsanarán con la práctica de la operación. Ello afecta al reconocimiento de la verdadera identidad, por lo que concluye la vulneración del art. 8 CEDH.

en el que pierde importancia el sexo, dada la igualdad que impone el art. 14 CE, y ello tiene impacto directo en la irrelevancia del sexo en el tráfico jurídico, salvo conductas en que sea estrictamente significativo.

En particular, nuestra jurisprudencia remarca la pérdida de importancia de la atribución de roles a un determinado sexo y diferencia entre esos estereotipos por razón del sexo e identidad sexual.

En consecuencia, en aplicación de la legislación vigente en la época, no puede limitarse la determinación registral del sexo por cuestiones de orden público ni tampoco puede ser exigible una cirugía de reasignación de sexo, toda vez que la misma no genera un cambio en el sexo a nivel “cromosomático” o fenotípico y que, además, supone hacer priorizar el estado físico al psicológico y, en concreto, de una persona que se encuentra en una “situación patológica”, certificada por medio de un diagnóstico de “disforia de sexo” y sometido al tratamiento pertinente.

De esta forma, en cumplimiento de la ley que colma una laguna, se constata el cambio jurisprudencial en esta materia, reconociendo la mutación registral como parte del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) con impacto directo en la dignidad del individuo afectado y, en consecuencia, mencionando la jurisprudencia anterior (recogida en los párrafos anteriores), serían los factores “psico- sociales”- *de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo*- los que deben primar a la hora de determinar el sexo, como fundamento de la identidad sexual y, por ende, parte de la identidad personal.

Adicionalmente, el TEDH, en el *caso Hämäläinen contra Finlandia*<sup>18</sup>, recuerda que una persona que haya seguido la cirugía de asignación de sexo puede ser víctima de su derecho al respeto a la vida privada, como consecuencia de la falta de reconocimiento de dicho cambio (pár. 59). Además, ello puede tener consecuencias en su vida familiar, al tener consecuencias en su matrimonio, toda vez que no se reconoce el mismo entre personas del mismo sexo, pero sí cabe la figura de la pareja de hecho (pár. 60).

En este sentido, analiza el término “respeto”, entendiendo que el mismo no es claro en cuanto a las obligaciones que supone para los Estados, por cuanto se debe tomar en consideración la diversidad de prácticas y situaciones que se producen.

---

<sup>18</sup> STEDH de 16 de julio de 2014, asunto Hämäläinen contra Finlandia

Sin embargo, no deja de definir el “respeto”, atendiendo a la importancia de los intereses en juego y la cuestión de los valores fundamentales o los aspectos esenciales de la vida privada que son objeto de diatriba; si existe un impacto en la vida de la persona como consecuencia de la diferencia entre su realidad social y la ley; la coherencia de las prácticas administrativas y legales dentro de los sistemas estatales (pár. 66).

Por ello, dicho término deberá estudiarse caso por caso, comprobando la debida protección del derecho y el margen de apreciación que corresponde a los Estados. Así, si está en riesgo una faceta importante de la existencia del individuo o su identidad, el margen de los Estados debe restringirse; pero, mientras existan dudas sobre la importancia de los intereses en juego, el margen de apreciación estatal debe ser amplio (pár. 67).

En consecuencia, cuando se trate del reconocimiento legal del cambio de género de personas que se han operado con tal fin debe limitarse el margen de apreciación estatal (pár. 68), al afectar a la identidad de la persona, pero ello no puede extenderse al reconocimiento del matrimonio homosexual en un país que no lo reconoce, habida cuenta de que en el momento era una materia que no había sido objeto de regulación clara por los Estados pertenecientes al Consejo de Europa. Por ende, concluye que no hay vulneración del art. 8 CEDH (pár. 69-89).

Finalmente, en abril de 2017, el TEDH (*caso A.P. Garçon y Nicot contra Francia*<sup>19</sup>) analiza la necesidad de la irreversible naturaleza del cambio en la apariencia y, en particular, reconoce que procede el reconocimiento de la mutación registral sin la condición de haberse sometido a cirugía o tratamiento que conlleve la esterilización (pár. 116). Subraya, además, que la cirugía requiere un tratamiento médico irreversible que tiene consecuencias, como la esterilización de la persona que se ve obligada a dicha operación (pár. 119).

En este sentido, exigir como prueba la valoración de médicos expertos para un examen genital de carácter íntimo conculca el derecho a la intimidad, aun cuando se trate de una prueba dentro del procedimiento para la modificación registral del sexo (pár. 152), de tal manera que denegar dicha mutación en el estado civil con base a la falta de realización de dicha prueba vulnera el derecho del art. 8 CEDH (pár. 153).

Asimismo, reseña que la transexualidad no es una enfermedad y que tal tratamiento supone un motivo de estigmatización de las personas transexuales

---

<sup>19</sup> STEDH de 6 de abril de 2017, asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia

(pár. 138). Reconoce el TEDH que la mayor parte de los países que han ratificado el convenio exigen el diagnóstico psiquiátrico que - en ese momento - figuraba como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud (pár. 139).

Por lo anterior, las autoridades francesas no vulneraron el art. 8 CEDH al no permitir el cambio registral del sexo con fundamento en que no se había presentado un diagnóstico psiquiátrico de disforia (pár. 143), al entender que es una cuestión no clara en la legislación de los Estados del Consejo de Europa, por lo que debe haber margen de apreciación para los Estados<sup>20</sup>.

En este sentido, resulta particularmente reseñable la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019<sup>21</sup>. Se trata del caso de una persona menor de edad que, desde los tres años, se identificaba con el sexo masculino y pretende el cambio registral del nombre y del sexo que se le había atribuido al nacer.

Tras examinar la jurisprudencia del TS, TC y TEDH en cuanto a la rectificación en el Registro Civil de la mención del sexo y, en orden a acomodarlo, del nombre, el TS, en el Fundamento Jurídico Octavo, resume en varias ideas la materia. Así, primero, recuerda que es una cuestión en constante evolución desde un punto de vista médico, social y jurídico, pero en todo caso, la transexualidad no es una patología psiquiátrica que precise de curación.

Segundo, en esta materia de reconocimiento de la identidad de género, debe priorizarse el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosómico o morfológico.

Tercero, no se puede condicionar el reconocimiento de la identidad de género al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación del sexo, esterilización o tratamiento hormonal.

Cuarto, se debe facilitar a las personas transexuales, mediante procedimientos "*rápidos y eficaces*", el cambio de mención del sexo y del nombre que consten en la inscripción de nacimiento y, en consecuencia, los demás documentos de identidad.

Quinto, como reconoce la Constitución, los transexuales están protegidos por el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad e, inherentemente, al derecho a la intimidad. En consecuencia, es preciso evitar

---

<sup>20</sup> Asimismo, el TEDH reconoce que la exigencia de un diagnóstico salvaguarda los intereses de las personas transexuales al rechazar cualesquiera otras causas que en realidad no tengan por objetivo la transición, evitando con ello seguir con el procedimiento de cambio legal de la identidad sin motivo.

<sup>21</sup> STS 4217/2019, de 17 de diciembre de 2019 ECLI: ES:TS:2019:4217

el sometimiento a situaciones humillantes, derivadas de tener que exponer su intimidad y es que se debe garantizar que sea el propio individuo el que decida sobre la puesta en conocimiento acerca de su vida a los demás, de tal forma que se mitiguen las posibles situaciones en las que sea víctima de hostilidades en su entorno.

Todas estas ideas que recoge el TS deben extenderse a los menores transexuales, dado que viven la misma problemática, pero con las vicisitudes propias de la infancia y la adolescencia. En este sentido, el Alto Tribunal reconoce que no se hubiera dado esta controversia caso de haber sido mayor de edad la persona solicitante, por cuanto está expresamente previsto en el art. 1 Ley 3/2007. A *contrario sensu*, al no recogerse explícitamente, la jurisprudencia entendía que tal derecho no legitimaba a los menores de edad, pese a estar complementada su capacidad procesal al estar representado por sus progenitores.

El TS advierte que se pueden invadir competencias del TC, por lo que se plantea cuestión de inconstitucionalidad por auto de 10 de marzo de 2016 *“respecto de la exigencia de ser mayor de edad que establece el art. 1 de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, como requisito de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, en relación a lo previsto en los arts. 10.1, 15, 18.1 y 43.1 CE”*, de tal manera que sea el supremo interprete de la Constitución quien se pronuncie *“sobre la edad mínima en que se pueda instar los cambios registrales de sexo o nombre<sup>22</sup>”*. Ello se resuelve por medio de sentencia 99/2019, de 18 de julio la cual establece una distinción en atención, primero, a la “suficiente madurez” de la persona menor de edad solicitante del cambio registral y, segundo, a que el requirente se encuentre en una “situación estable de transexualidad”, requisito que ya establece la Ley 3/2007, es decir, la estabilidad y persistencia del solicitante en su forma de vida conforme al sexo deseado.

En este sentido, concluye la vulneración por no fijar, para los menores de edad, un régimen intermedio en el que se produzca una individualización que tome en consideración los requisitos mencionados, de tal manera que la medida prevista en la legislación produce una injerencia que es desproporcionada, generando perjuicios en los menores de edad que se encuentren en esta posición.

Por ello, determina la inconstitucionalidad del art. 1.1 ley 3/2007 por cuanto solo legitima a las personas mayores de edad, mientras que para los menores de edad no hace ninguna previsión, lo que concluye es inconstitucional exclusivamente para el ámbito subjetivo conformado por aquellos menores en los que concurra

---

<sup>22</sup> STC 99/2019, de 18 de julio, ECLI:ES:TC:2019:99

“suficiente madurez” y una “situación estable de transexualidad”.

Una vez expuesta la doctrina del TC, el TS resume que, a fin de resolver la cuestión de legitimación del menor para solicitar el reconocimiento registral del cambio de nombre y sexo, es preciso comprobar que la persona solicitante tiene suficiente madurez y se encuentra en una situación estable de transexualidad. Define el TS la madurez atendiendo a la Observación General núm. 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño de la ONU, en la Observación General núm. 12 (2009) y así, como la “*capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado*” y “*expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente*”.

Al hilo de lo anterior, aduce, primero, que es precisa la audiencia del menor demandante en el que se confirme, por un lado, su voluntad de seguir el procedimiento legal de cambio de sexo y nombre, dado que se trata de un acto relativo al derecho de la personalidad del menor de edad, solo es complementada su capacidad con la representación de sus progenitores (ex art. 162 CC). Ello no es más que una consecuencia de la dignidad que protege a todas las personas y, en concreto, del derecho a ser oído en aquellas decisiones que afecten a su vida<sup>23</sup>.

Por otro lado, también es preciso verificar en este trámite que el menor tiene suficiente voluntad, si bien el TS concede que este extremo pierde importancia cuanto más cercana se encuentre la mayoría de edad de la persona solicitante. Finalmente, durante esta parte del procedimiento, se podrá comprobar si concurre en el menor la persistencia de la situación estable de transexualidad, corroborando las manifestaciones que han realizado las demás personas que hayan intervenido en el expediente (escritos de los padres o representantes legales)

Segundo, no son necesarios ni el tratamiento médico para ajustarse a las características físicas del sexo deseado, ni una operación de reasignación sexual ni una terapia hormonal, ni tampoco el tratamiento médico durante dos años caso de imposibilidad (ex art. 4 ley 3/2007). En este caso, la persona solicitante tenía 12 años y aportaba un informe que explicaba que el tratamiento hormonal no se había iniciado respetando el proceso natural de cambio puberal.

Por todo lo anterior, el TS establece que los menores tienen legitimación y faculta

---

<sup>23</sup> Entre otros artículos, ello se recoge en el art. 92 y 154 CC en los supuestos de crisis de los progenitores, 172 ter y 173 CC (acogimiento del menor) y 177 CC (relativo a la adopción). Además del respeto a la dignidad humana, ello permite resolver a la autoridad judicial tomando en consideración el interés superior del menor (ex art. 92 CC, 26 de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria).

a la autoridad judicial para practicar la audiencia del menor y la concesión de la rectificación registral del sexo y del nombre, siempre que concurra en la persona demandante suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, sin que sea obstáculo la falta de sometimiento a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda.

### **I.3 El nuevo régimen jurídico dimanante de la ley 4/2023**

En este sentido, la Ley 4/2023 regula en el Título II las “Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans” y, en particular, el capítulo I prevé la “Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental”.

#### **I.3. i Legitimación**

Regula la ley, inicialmente, el elemento subjetivo, esto es, las personas que pueden acceder al cambio registral del sexo de las personas. De este modo, el artículo 43 de dicho cuerpo legal distingue, en cuanto al procedimiento, entre menores de dieciséis años de edad y personas con discapacidad y personas con más de dieciséis años. Si bien es cierto que para los mayores de dicha edad exige la nacionalidad española, ello se hace extensible también a menores, siempre y cuando cumplan con los requisitos que dicho precepto prevé.

Por un lado, para las personas que tengan más de dieciséis años, el procedimiento se limitará a manifestar su voluntad ante el Registro civil de que se rectifique la mención relativa al sexo que conste en dicha entidad pública.

Por otro lado, dentro de los menores de dieciséis años, distingue tres supuestos en atención a la edad, a saber, menores de doce años, menores de doce a catorce años y menores de catorce a dieciséis años.

Así, en primer lugar, cuando se trate de personas menores de dieciséis años y mayores de catorce, podrán pedirlo por sí mismas, pero deberán ser asistidas por sus representantes legales (art. 43.2).

Asimismo, dentro de este supuesto, recoge la posibilidad de que hubiera un desacuerdo entre progenitores o representantes legales, en cuyo caso, se procederá al nombramiento de defensor judicial de conformidad con los arts. 235 y 236 del Código civil<sup>24</sup>.

En segundo lugar, cuando el interesado sea una persona mayor de doce años y

---

<sup>24</sup> Dichos preceptos han sido modificados por el art.2.21 de la ley 8/2021 de 2 de junio. Se prevé la figura del defensor judicial como una medida puntual mientras el representante legal no pueda llevar a cabo sus funciones, por cualquier causa, como conflicto de intereses

menor de catorce años, conforme con el art. 43.4 de la citada ley, será necesaria la pertinente autorización judicial para tal trámite, en la forma que prevén los art. 26 bis y ss de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Así, se trata de un procedimiento que se inicia ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona con edad comprendida entre doce y catorce años, asistida por sus representantes legales<sup>25</sup>.

En la solicitud cursora del procedimiento, la persona interesada debe manifestar su disconformidad con el sexo que se le atribuyó en el momento del nacimiento y que, en consecuencia, solicita a la autoridad judicial competente la autorización para acudir al procedimiento de rectificación de la mención del sexo y, en su caso, del nombre que aparece en el Registro Civil.

A dicha petición, se deben acompañar los medios documentales o testificales que acrediten que la persona vive de forma estable en el sexo deseado y, por ende, en disconformidad con el que se imputó en el nacimiento.

Esto supone el cumplimiento de la ley 3/2007 (“la estabilidad y persistencia”) y doctrina del TS y TC (como se comprueba de la STS de 17 de diciembre de 2019, anteriormente analizada), en virtud de las cuales se exigía que el menor presentara “suficiente madurez”, pero también “situación estable de transexualidad”.

Tras el cumplimiento de lo anterior, se practicará una comparecencia, ante la autoridad judicial, del solicitante y representantes legales, y cualesquiera otros que se consideren oportunos, así como la práctica de prueba<sup>26</sup> que considere oportuno la persona juzgadora a fin de certificar la suficiente madurez y la estabilidad de la voluntad del menor para llevar a cabo el cambio registral del sexo.

En este caso, el juez deberá velar por el superior interés del menor y se le atribuye la obligación de aportar la información<sup>27</sup> al menor solicitante acerca de las consecuencias jurídicas de la rectificación y cualquier otra información complementaria de una forma clara, accesible y adaptada a la madurez del solicitante. De hecho, el TC, como se ha expuesto anteriormente, puso de manifiesto que dicho requisito de la madurez implica la posibilidad de

---

25 En caso de conflicto, se nombra defensor judicial, figura prevista en los arts. 235 y 236 CC, como ocurre durante el procedimiento para la modificación registral del sexo cuando el solicitante es mayor de catorce años, si bien en el supuesto de que tenga entre 12 y catorce años, ello también puede ocurrir en el trámite de jurisdicción voluntaria.

26 En cuanto a la testifical se admiten aquellas personas mayores de edad aun cuando tengan vinculación – de cualquier tipo- con la persona interesada en el procedimiento, ex art. 26 *quater*, *in fine* LT.

27 También debe aportar la misma información que posteriormente el encargado del Registro Civil debe dar, ex art. 44 LT.

comprender las consecuencias de los actos.

Finalmente, la autoridad judicial resolverá, acordando o denegando la aprobación judicial de acudir al procedimiento para la modificación registral de la mención relativa al sexo y al nombre. Para ello, deberá tomar en consideración el interés superior del menor y comprobar que concurre en la persona solicitante la suficiente madurez y la persistencia estable en su voluntad de modificar el sexo que se le fue atribuido al nacer (ex art. 26 *quinquies* LT).

Sin embargo, aclara que la concesión no se puede someter a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la identidad sexual o sometimiento a modificación de la apariencia física a través de cualquier tipo de procedimiento. Se constata, pues, una gran evolución y se distancia el legislador de las primeras soluciones que se daban en España en este tipo de situaciones.

Por ende, se prevén dos consecutivos procedimientos judiciales para los solicitantes que sean menores de catorce años y mayores de 12: primero, habría que acudir a un procedimiento en jurisdicción voluntaria y una vez obtenida resolución judicial que autorice el trámite, segundo, se comenzaría el procedimiento que prevé la LT.

En tercer lugar, los menores de doce años quedan excluidos de la aplicación del art. 43 de la ley, toda vez que no se incluye dentro de los tramos anteriormente definidos. Ello parece coherente con la doctrina del TS y TC que entendía que vulneraba la norma suprema limitar a los menores de edad, si bien no fijaba edad, entendiendo que la legitimación se podía extender a aquellas personas en quienes concurriera “suficiente madurez”, junto con una situación estable de persistencia en la disconformidad con el sexo asignado. Por ende, podría generarse la duda en el caso de que en la persona menor de edad solicitante concorra suficiente madurez en los términos que indica el TC e incluso, se podría volver a plantear una cuestión de inconstitucionalidad en los mismos términos que ya resolvió la STC 99/2019.

Finalmente, en el caso de que la persona interesada en la rectificación registral de la mención relativa al sexo tuviera discapacidad podrá realizar dicha petición con la medida de apoyo que en su caso precisen (art. 43.3). Obviamente, ello incluye los ajustes razonables que se requieran para que su discapacidad no limite su desenvolvimiento en condiciones de igualdad al resto de miembros de la sociedad, en los términos que impone la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

I.3.ii Procedimiento para la rectificación de la mención registral

Las personas interesadas en la modificación de la mención registral relativa al sexo se someterán al procedimiento que prevé el art. 44 de la ley y lo dispuesto para los procedimientos registrales en los arts. 91 y ss de la Ley del Registro Civil, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC).

Para la iniciación de dicho proceso, bastará una solicitud presentada por cualquiera de las personas legitimadas, como anteriormente se ha expuesto, ante el encargado de la oficina del Registro Civil del lugar donde se presente la solicitud (ex art. 45 LT).

Se aclara que no es posible condicionar la modificación registral a la previa exhibición de informe médico o psicológico en el que se certifique u objective la disconformidad con el sexo que se le atribuyó al solicitante en el momento de nacimiento. Tampoco podrá vincularse a la modificación de la apariencia o función corporal de la persona interesada por someterse a cualquier procedimiento médico, quirúrgico o cualquier otro (conforme al art. 44.3 LT).

Por ende, se reitera de nuevo en que no puede ser criterio de admisibilidad de la solicitud de referencia lo dispuesto en la ley 3/2007, si bien por el lugar donde se ubica – en el comienzo del procedimiento– parece determinar que tales condiciones no afectan a la legitimación inicial de la persona para instar este proceso ante la persona encargada del Registro Civil.

Así, la persona interesada deberá presentar la solicitud anteriormente expuesta y posteriormente, serán necesarias dos comparecencias, en las que, caso de minoría de edad, deberá ir debidamente asistida por representantes legales o, en caso de discapacidad, por la persona en su caso que deba prestar asistencia (ex art. 44 in fine LT<sup>28</sup>).

Durante la primera comparecencia o comparecencia inicial, la persona encargada del Registro Civil se limitará a recoger la manifestación de la persona solicitante, en el que ponga en lid su disconformidad con el sexo que se le atribuyó al nacer y que, en consecuencia, interesa la rectificación de la mención que recoge el Registro civil acerca de su sexo.

En dicha comparecencia, deberá la persona interesada añadir el nuevo nombre propio de su elección si también solicita un cambio de este. En este caso, deberá

---

<sup>28</sup> Por tanto, se adoptarán los ajustes razonables a fin de que las personas con discapacidad interesadas en este procedimiento reciban la información y puedan formar su voluntad con la idea de que puedan manifestar su consentimiento. No obstante, el problema real es que muchos de esos ajustes requieren de medios de los que adolece la Administración de justicia, de tal manera que, en algunos casos, se facilita por las propias asociaciones en las que participe la persona con discapacidad, si acaso tienen disponibilidad.

someterse a lo previsto para el nombre propio en la LRC<sup>29</sup>. Lo anterior supone que se puede solicitar exclusivamente el cambio registral relativo al sexo.

Durante esta comparecencia inicial, se impone la obligación de la persona encargada del Registro Civil de dar información a la persona solicitante que abarca el procedimiento y derechos, así como las asociaciones de protección de derechos. En este sentido, concreta el art. 44.5 todo el tipo de información que ha de ofrecer la persona encargada del Registro civil: las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, del régimen de reversión y de las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato y la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

En este extremo, se plantea una mención al art. 43.2 de la ley, el cual refiere a los menores de dieciséis y mayores de catorce años, por lo que parece excluir la audiencia de los menores de catorce años.

Sin embargo, esta falta de previsión de comparecencia de la persona solicitante con edad comprendida entre doce y catorce años se puede deber, aunque no se establezca expresamente, a que tal trámite ya se tuvo que realizar en el trámite de jurisdicción voluntaria, es decir, en el procedimiento para la obtención de la autorización judicial para la modificación de la mención registral relativa al sexo.

Así, se subsana la posibilidad de la falta de audiencia al menor en el tramo de doce a catorce años, lo que supone que pueda manifestar su voluntad y ser escuchado, de conformidad con lo dispuesto en los convenios internacionales ratificados por España y la jurisprudencia de nuestro TC, toda vez que, de esta forma, se salvaguarda, primero, el interés superior del menor (expresamente previsto en el precepto objeto de análisis).

Segundo, garantiza que el menor sea oído en una decisión que afecta a su derecho a la personalidad y, finalmente, se evita la reiteración de actos del menor en los juzgados, dado que, en vez de que sea durante la comparecencia

---

<sup>29</sup> Dicho aspecto ha sido objeto de modificación por la Disposición Final Undécima de la LT y así, el art. 51 de la LRC enuncia el principio de libre elección del nombre propio, con la limitación – que debe ser interpretada de forma restrictiva – de nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona o que sean confusos, sin tomar en consideración para ello que el nombre se corresponda con el sexo o identidad sexual.

inicial prevista en el art. 44 de la ley analizada, será ante la autoridad judicial competente para la aprobación judicial cuando la persona interesada menor de catorce años manifieste su disconformidad con el sexo atribuido al nacer y reciba una información que le facilite la situación en la que se encuentra, y todo ello en un lenguaje que le sea claro y accesible (conforme al art. 26 *quater* LJV).

Precisamente, esa información en el procedimiento instado por todas las personas solicitantes que tengan más de catorce años, es obligación de la persona encargada del Registro Civil (ex el art. 44.6), el cual debe facilitar los correspondientes datos de forma clara, accesible y adaptado a las características y madurez de la persona solicitante. Asimismo, recoge el objeto de dicha información: las consecuencias jurídicas de la rectificación y la información complementaria que entiendo que se refiere a lo relativo a derechos, asociaciones, etc.

Parece el legislador suponer que una persona que no se reconozca en el sexo atribuido en su nacimiento lo primero que va a realizar es el cambio en la mención registral. Sin embargo, es también posible comenzar con reuniones con asociaciones profesionales de protección antes de tener que acudir a las entidades públicas, por cuanto pueden acompañar durante el procedimiento personal, social, familiar y finalmente, registral. Precisamente, estas asociaciones tienen conocimiento de los derechos, obligaciones y vicisitudes que se pueden producir en ese momento.

Asimismo, se debe reconocer que dicha transición, aun cuando no requiere ningún cambio físico, supone un coste psicológico y, por ende, un camino que es mejor recorrer acompañado de profesionales psicológicos<sup>30</sup>. La idea de la intervención de profesionales no es determinar si la persona padece una enfermedad – se recuerda que la disforia de sexo ha sido excluido como trastorno mental por la Organización Mundial de la Salud<sup>31</sup>–, sino facilitarle la transición psicológica y ayudarla con el posible impacto emocional que implique el proceso. Esto podría formar parte de la documentación sobre la que decide la persona encargada del Registro Civil.

Una vez recibida la información anteriormente recogida, la persona interesada deberá reiterar su petición de rectificación registral del sexo. Será, una vez informado, cuando procederá una segunda comparecencia, la cual se deberá celebrar en el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia inicial (44.8).

---

30 Ponte, V., Cartas de Vanesa 2, [en línea], 2021: [consultado el 12 de julio de 2023] Disponible en: ISSN 2695-4451, <https://www.ajfv.es/revista-de-igualdad-no8-marzo-de-2021/>.

31 Se considera discordancia de género y está vinculada a las relaciones sexuales.

En esta comparecencia final<sup>32</sup>, la persona legitimada deberá ratificar la petición de modificación de la mención registral relativa al sexo.

Una vez celebrada la segunda comparecencia en la que se manifieste la persistencia en la disconformidad con el sexo atribuido al nacer y, en consecuencia, la voluntad de la modificación en el Registro Civil, la persona encargada del Registro Civil, habiendo comprobado la documentación presentada, deberá dictar resolución sobre la rectificación registral dentro del plazo máximo de un mes desde la segunda comparecencia (44.9).

Prevé el legislador que, cuando el procedimiento sea instado por menores de edad- desde los catorce a los dieciocho años- se deberá tomar en consideración el interés superior del menor, a quien en todo caso se deberá dar audiencia.

En resumen, a la hora de resolver por la persona Encargada del Registro Civil sobre la concesión o denegación de la rectificación registral, salvo para los menores para quienes se debe valorar el interés superior del menor, no se establece qué es preciso analizar y ello a diferencia de lo establecido en la legislación anterior.

De este modo, no exige ningún criterio distinto que pueda ser objeto de valoración, como el criterio de la situación estable de disconformidad con el sexo atribuido al nacer. Ello supone una ruptura con la ley anterior, los criterios marcados por el TC y la jurisprudencia del TS, así como los requisitos que debe valorar la autoridad judicial a fin de la aprobación judicial para seguir con el procedimiento previsto en el art. 44 LT cuando el solicitante sea un menor de edad comprendida entre 12 a 14 años. Por ende, parece haber una disparidad en esta ley cuando el legitimado tenga estas edades, frente al resto de posibles solicitantes.

Por ello, considero que se pueden dar dos soluciones: la primera, al no establecerse las condiciones, se debe acordar la rectificación registral a la vista de las dos manifestaciones de voluntad en este sentido, o bien se puede aplicar lo dispuesto en la jurisprudencia, en la medida que no ha sido expresamente derogado por la ley.

En apoyo de esta última hipótesis, el legislador ha querido de forma expresa rechazar los diagnósticos médicos y los cambios físicos operados por cualquier operación como criterios que impidan la rectificación. Por ende, ha rechazado

---

<sup>32</sup> En este caso, no se recoge expresamente, pero se entiende que la persona legitimada deberá ir debidamente asistida por representante legal en atención a la edad o la persona que preste el apoyo en caso de que el solicitante padezca una discapacidad que precise de tal medida para su desenvolvimiento en igualdad de condiciones.

parte de la legislación y jurisprudencia anterior. Sin embargo, no ha prohibido expresamente el requisito de la persistencia en esa voluntad, es decir, que la persona interesada explique que no solo presenta esa disconformidad en el momento de las comparecencias previstas en esta ley, sino que pueda aportar la prueba que acredite tal persistencia en querer vivir conforme al sexo deseado. Adicionalmente, en el ámbito de los menores de catorce y menores de doce años, se prevé expresamente la necesidad de concurrencia de la persistencia y estabilidad en la disconformidad con el sexo atribuido en el nacimiento – junto con la suficiente madurez-. Una interpretación contraria parecería exigir más requisitos, en concreto, de tiempo en esta situación a quien tiene menor edad, frente a quien ha sufrido más tiempo sometiéndose a un sexo con el que no se identifica.

En cualquier caso, la resolución que se dicte en este procedimiento no es firme y puede ser objeto de recursos, conforme al art. 44. 10 de la citada ley, en la forma que prevé la LRC y, en particular, mediante recurso de alzada ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Por último, se recoge la posible reversión de la rectificación de la mención registral relativa al sexo y volver al sexo que se le atribuyó en el nacimiento (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 47 LT). Para ello, es preciso el transcurso de seis meses desde la inscripción de la rectificación. El procedimiento es el mismo que para la modificación de la inscripción registral relativa al sexo, con las salvedades previstas en los arts. 26 sexies y ss. de la LJV.

### I.3. iii Efectos de la resolución registral

La resolución que determine la rectificación del asiento registral acerca del sexo genera sus efectos constitutivos desde que tal modificación se inscriba en el Registro Civil (art. 46).

Precisamente, explicita el citado precepto que es desde la inscripción en el Registro Civil cuando la persona es titular y, en consecuencia, puede ejercer los derechos que se deriven de su nueva condición (art. 46.2).

Añade la ley la distinción: dicha inscripción solo tiene efectos desde su inscripción, de tal manera que dicha modificación no afectará al régimen jurídico del que fuera titular la persona con anterioridad al cambio registral.

Es, en este punto, en el que radica el quid de la cuestión. El artículo 46.3 de la ley analizada hace referencia directa a Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En concreto, prevé que *“la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso,*

*el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.*

El supuesto es que se haya producido la modificación registral del sexo atribuido al nacer, se haya cambiado el nombre o no. En este caso, aclara la ley que dicha modificación no cambia el régimen jurídico que le correspondiera a dicha persona que hubiera solicitado y obtenido la modificación registral en cuanto a si le era aplicable, con anterioridad al cambio registral, lo dispuesto en materia de violencia de género.

De este farragoso precepto, se pueden extraer dos consecuencias: primero, si con anterioridad a la modificación registral, se cometió alguno de los delitos vinculados a las previsiones contempladas en la LO 1/2004, resultará de aplicación lo dispuesto en la misma y, segundo, si la persona que solicita el cambio era hombre y se inscribe como mujer en el Registro Civil, a aquella le seguirá resultando aplicable la LO 1/2004 a pesar del cambio.

Adicionalmente, se debe hacer la pertinente crítica. El mismo legislador, aparentemente consciente del problema que se podía generar, considera oportuno aclarar si resulta o no de aplicación la LO 1/2004. Sin embargo, parece olvidar que el régimen sancionador se encuentra en el Código Penal, toda vez que, por más obvio que resulte recordarlo, la reseñada LO no tipifica delitos, sino que contempla diversas medidas a adoptar en ámbitos tales como el educativo, socio sanitario y publicitario.

Sin embargo, esta última conclusión se debe poner en relación con lo establecido en el precepto anterior y posteriormente, a la vista de que se debe realizar una interpretación sistemática del precepto. De este modo, desde la inscripción, se produce los efectos derivados de la misma y, en consecuencia, se tienen los derechos inherentes que correspondan y, por ello, el apartado 4, prevé, por un lado, que, desde ese momento, se devengan los derechos que correspondan según la ley 3/2007 de igualdad de oportunidades cuando el cambio fuera de varón a mujer y cuando fuera al revés, no se perderán los derechos que se hubieran consolidado, sin que hubiera lugar a una reclamación de los mismos.

Por tanto, petrifica el régimen jurídico anterior a la inscripción suponiendo su aplicación a los hechos cometidos con anterioridad a dicho momento. Así, la única conclusión posible es que se aplicará el régimen jurídico que correspondiera antes de la inscripción del cambio registral, sin distinguir si se produce cambio del nombre, ni cualquier otro elemento que se erigiera en mecanismo de

control frente a cualquier fraude de ley. Sin embargo, este precepto no recoge expresamente la falta de aplicación del Código penal y en su caso, la agravante de género, pero sigue teniendo nuevas circunstancias que luego analizaremos.

En consecuencia, el interrogante puede seguir planteándose: ¿qué sucede cuando los hechos previstos en el Código Penal en los que se aplica la agravante de género se cometan con posterioridad a la inscripción de la modificación registral?

En este caso, los penalistas – que vemos la peor cara e intención de nuestros posibles *clientes*- nos preguntamos: ¿qué pasa cuando una persona simplemente cambia de sexo en el Registro Civil como forma de eludir la aplicación de las agravantes derivadas de la lucha contra la violencia machista? Esto es lo que se denomina fraude de ley, proscrito por nuestro Código civil.

En este sentido, dispone dicho cuerpo legal, en su artículo 6.4, que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”*. Por tanto, detectado el fraude de ley, resultaría de aplicación la ley que se hubiera pretendido evitar.

Pues bien, esto granjea nuevas preguntas: ¿cabe un control de oficio de un presunto fraude de ley? ¿quién lo debería llevar a cabo: la persona encargada del Registro Civil o puede ser parte del procedimiento penal?

## II. LEY VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley Orgánica 1/2004 sobre medidas de protección integral establece en su artículo 1 su finalidad y determina, de esta forma, el ámbito objetivo de su aplicación.

En este sentido, dicho precepto prevé que su objeto es actuar contra la violencia, consecuencia de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Por ello, dicha violencia requiere que el sujeto activo sea el varón que sea o haya sido el cónyuge o esté o haya estado unido por una relación de similar afectividad, aun cuando no medie convivencia, con el sujeto pasivo que necesariamente debe ser mujer.

De este modo, se fundamenta el establecimiento de una serie de medidas de protección integral que buscan, por un lado, la prevención, sanción y erradicación de la violencia anteriormente descrita y, por otro lado, la asistencia de las mujeres y los menores vinculados a estas, víctimas de este tipo de conductas,

cuando sean llevadas a cabo por el sujeto que cumpla los requisitos enumerados más arriba.

Esta ley también introduce una especialidad, cuales son los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Dichos juzgados aglutinan funciones de instrucción en cuanto a los delitos cometidos por el varón con quien tenga o haya tenido una relación análoga a la matrimonial la mujer víctima. La idea que subyace a esta reforma es que se trate de un juzgado especializado que, una vez inicia la investigación judicial de estos delitos, conoce la situación familiar y, por ende, es más fácil la asistencia a la mujer y menores víctimas y permite que la autoridad judicial dispense un trato más personal a la familia, al conocer su situación y especiales peculiaridades<sup>33</sup>.

Pues bien, la elección del sexo, sin necesidad de ningún requisito, tiene impacto directo por lo anteriormente expuesto desde la inscripción de la rectificación. Así, puede variar la competencia. En este sentido, la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer lo determina el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). De esta forma, se les atribuye, dentro de la jurisdicción penal, el conocimiento de los procedimientos y recursos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros, de la instrucción de los delitos<sup>34</sup> cuya víctima fuera o hubiera sido “esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”.

La competencia objetiva es una cuestión cuyo incumplimiento puede generar nulidad. De este modo, conforme al art. 238 LOPJ, los actos procesales serán nulos cuando “*se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional*”. A fin de evitar dicha sanción, el art. 87 ter 4 LOPJ prevé la posibilidad de que la autoridad judicial que concluya, de forma notoria, que los actos puestos en su conocimiento no son una expresión de violencia de género, debe inadmitir la pretensión y remitirlo al órgano judicial competente.

---

33 La realidad ha demostrado que mientras haya juzgados denominados mixtos, es decir, que resuelven sobre asuntos de familia, civil y la investigación de todos los delitos, con competencias de violencia sobre la mujer, estos acaban, con carácter general, hundidos y desde luego, no pueden llamarse especializados.

34 recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación

Pues bien, en la práctica, es posible que la persona que haya obtenido la rectificación registral ponga de manifiesto tal hecho a la policía. En este caso, cabe que dicha autoridad actúe en consecuencia y desde la inscripción, entienda que la competencia objetiva corresponde bien a un juzgado de violencia sobre la mujer o bien a un juzgado de instrucción común.

Este sería el caso ideal, pero también puede que exija como acreditación del cambio algún documento que la persona no tenga (imagínese el lector el supuesto en que es detenido fuera de su lugar de residencia). Así, basándose en la documentación que tengan en el momento, pueden elegir un órgano judicial que no sea el competente por cuanto falte la acreditación de la rectificación registral. Todas las actuaciones que se llevaran a cabo en este último supuesto estarían afectados por la nulidad anteriormente mencionada, salvo que la causa se hubiera presentado ante el juzgado de instrucción o juzgado de primera instancia e instrucción en funciones de guardia y fuera del horario del juzgado de violencia sobre la mujer<sup>35</sup>.

Ello se debe a que el juzgado de instrucción o el juzgado de primera instancia e instrucción en funciones de guardia aglutina las funciones que corresponden a otros juzgados, como el de violencia sobre la mujer, cuando estos están inoperativos por exceder del horario. Por tanto, corresponde al servicio de guardia la recepción e incoación de denuncias, primeras diligencias de instrucción, adopción de medidas cautelares de protección de la víctima y resolución sobre la situación personal de la persona detenida puesta a disposición judicial y, entre otras, tramitación de diligencias urgentes y, en particular, *“la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”*, por cuanto *“estas actuaciones se entenderán urgentes”* (ex art. 42.1 del Reglamento de Aspectos Accesorios).

Por tanto, dichas actuaciones adoptadas de forma urgente en funciones de guardia no generarían la nulidad por cuanto se atribuyen por ley al servicio de guardia, siempre y cuando no sea el horario de apertura del juzgado competente. Ahora bien, las actuaciones judiciales que se hubieran practicado ante una autoridad judicial no objetivamente competente determinarían la retroacción de las actuaciones, lo que puede implicar la reiteración de las diligencias practicadas, como la declaración de la víctima, con su consiguiente revictimización.

Por ello, en caso de duda sobre el sexo de las personas que son parte en el

---

35 Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

procedimiento penal, el competente debe ser el Juzgado de Instrucción, toda vez que, en principio, se debe partir de la buena fe de las personas la manifestación de la voluntad de estar disconforme con el sexo atribuido al nacer. No obstante, caso de que no exista duda de que el presunto autor es varón y la víctima es mujer, entre los que medie o haya mediado una relación análoga a la matrimonial, el competente será el Juzgado de Violencia sobre la mujer.

Sin embargo, a fin de evitar la sanción de la nulidad por haber llevado a cabo la investigación – o incluso enjuiciamiento- por quien no era competente, desde la comisión jurisdiccional de la AJFV, se concluyó que, ante la denuncia por cualquiera de las partes del procedimiento penal – sujeto activo o pasivo-, podía ser interesante la inclusión en el Punto Neutro Judicial del sexo de la persona, de forma actualizada y el acceso a dicho registro por parte de los juzgados de guardia, violencia sobre la mujer y/o juzgados de instrucción, de oficio, en todos los casos de violencia doméstica y de género, a fin de comprobar el sexo de la persona investigada o de la persona perjudicada cuando esta alegue haber seguido el procedimiento de rectificación.

Ha sido objeto de estudio por esta misma comisión el caso de que a partir de la declaración de la víctima, o de otros elementos de convicción que consten en la causa (quizás, tener antecedentes penales de violencia sobre la mujer o haber puesto de manifiesto en redes sociales que su voluntad, pese a lo manifestado ante el Registro Civil, era distinta a la que pretende la LT), se pueda concluir que la persona solo ha accedido al cambio a los efectos de eludir la aplicación de la LO 1/2004, en cuyo caso, el órgano competente sería el de violencia sobre la mujer. Ello implica que el juzgado que tenga la causa debe remitirlo, a la mayor celeridad, al juzgado de violencia sobre la mujer o, en su caso, cuando las actuaciones no se hubieran practicado en el servicio de guardia, proceder a la declaración de nulidad de todo lo practicado hasta ese momento y remitir al competente, todo ello de conformidad con el procedimiento establecido al efecto en el art. 240.2 LOPJ, que habilita una hipotética actuación de oficio.

Con ello, en el mejor de los casos, cuando existan indicios de mala fe en la persona investigada que hubiera accedido al cambio registral de la mención relativa al sexo a fin de convertirse en mujer, evitando la aplicación de la LOVG, la consecuencia es que se remitirá al Juzgado de Violencia sobre la mujer, donde, como elemento del tipo – el sexo del sujeto activo- deberá ser objeto de instrucción y de enjuiciamiento. Esto ya genera mayor demora en un procedimiento que pretende ser ágil y eficaz (EM y art. 2 LOVG).

Ello puede llevar al resultado esperpéntico de formar parte de la controversia

en el órgano encargado del enjuiciamiento determinar si la persona accedió a la modificación registral a fin de eludir la norma, es decir, si concurre fraude de ley y, en consecuencia, si se cumple este extremo del delito de violencia de género, junto con los demás elementos del tipo respecto a los cuales se debe enervar la presunción de inocencia.

No obstante, entiendo que es posible la integración de la LT si, durante la fase ante el Encargado del Registro, se valora, a la hora de resolver, la persistencia en la voluntad de vivir conforme al sexo deseado, siguiendo tanto la jurisprudencia expuesta, como un requisito que debe tomar en consideración la autoridad judicial a quien compete la aprobación judicial para acudir al procedimiento de rectificación registral.

Lo anterior permite integrar y no limitar los derechos de las personas transexuales, sin frenar sus posibilidades de acceder a la rectificación registral de la mención acerca del sexo.

No obstante, para el caso de que se apreciaran indicios de fraude de ley en la rectificación registral del sexo a mujer, existe la posibilidad de declaración de nulidad, si se hubiera practicado por el juzgado de primera instancia e instrucción o juzgado de instrucción fuera del servicio de guardia, y consiguiente remisión al Juzgado de Violencia sobre la Mujer donde podrá ser objeto de determinación si existe o no fraude de ley, como parte del elemento del tipo.

El problema radica en determinar cuándo puede concurrir un fraude de ley. Se pueden enunciar cuestiones que permiten dudar de la intención de la rectificación registral, como puede ser los antecedentes penales en el ámbito de violencia sobre la mujer, pero ello habrá de ser analizado caso por caso.

La cuestión se vuelve harto complicada si atendemos al ritmo vertiginoso al que se somete el trabajo en los juzgados de instrucción, primera instancia e instrucción, Juzgados de Violencia sobre la mujer o juzgados de primera instancia e instrucción con competencias en violencia sobre la mujer. Por ello, establecer mecanismos de control puede convertirse en tarea materialmente imposible, máxime cuando la ley no ha facilitado ninguno.

## **CONCLUSIONES**

Como no podía ser de otra forma, la jurisprudencia, a falta de regulación, ha empatizado con la situación de las personas transexuales y ha reconocido el cambio registral de sexo y, consecuentemente, del nombre desde la década de

los 80, si bien con un vocabulario, propio de la época, en el que se mezclan sexo, genero, identidad sexual y orientación sexual.

Los derechos de las personas transexuales estaban reconocidos legalmente con ciertas garantías cuando se produjo el dictado de la ley 4/2023. De hecho, esta ley no introduce conceptos nuevos, sino que recoge los propios de la doctrina del TS, TC y TEDH.

En la actualidad, la ley trans permite que una persona registralmente determine su sexo, aun sin cambio de nombre, manifestando exclusivamente su voluntad, garantizando los derechos de las personas transexuales a la facilidad para acceder a su identidad sexual y, normalmente, con el cambio de nombre que acredite el sexo conforme al que quieren vivir, distinto de aquel que se le atribuyó al nacer.

Dicha regulación, al formar parte del ordenamiento jurídico español, tiene impacto en otros ámbitos, como puede ser la LOVG y, por ende, puede granjear problemas en el ámbito de violencia doméstica y de género.

En algunos casos, estos derechos reconocidos en la ley 4/2023 pueden utilizarse con mala fe y, por ende, se puede incurrir en un fraude de ley que genere disfunciones en el servicio y mayor retraso en la tramitación de asuntos que, con carácter general, son breves en atención a los peculiares bienes de fondo (menores). Este estudio pretende paliar dichas consecuencias.

Por ello, se observa que pudiera resultar procedente para conjurar el riesgo recién apuntado, por un lado, que sea exigencia legal la situación de estabilidad y persistencia en la voluntad de vivir conforme al sexo deseado y la disconformidad con el sexo atribuido al nacer y, por otro lado, que se recoja por el legislador que se atribuya al encargado del Registro civil el control de la situación estable y permanente en la voluntad de vivir conforme al sexo deseado, además de la manifestación de disconformidad en el momento de las comparecencias que prevé la LT que es lo único que exige la ley. Ello permite conciliar los derechos de las personas transexuales, pero a la vez, impedir un uso fraudulento de la legislación.

Sería interesante, a los efectos de garantizar los derechos de las personas transexuales que hubieran obtenido la rectificación registral que el Punto Neutro Judicial registrara, en cuanto se produjera, la modificación a fin de evitar actos realizados ante el órgano no competente y, por ende, sancionados con nulidad.

Existen una serie de actos que permiten *ab initio* inferir la existencia de indicios de un fraude de ley, como son la existencia de antecedentes penales de violencia de género, la existencia de videos en redes sociales en que se reconozca que la intención no es vivir conforme al género, sino que concurren ulteriores motivos y, entre otros que irán apreciando en la práctica judicial, cuando la misma víctima ponga en conocimiento del juzgado que la persona le ha manifestado que el cambio registral del sexo busca eludir la aplicación de la ley 1/2004.

El competente, en principio, en caso de duda sobre el sexo registral (dada la falta de comunicación y actualización de los registros civiles), será el juzgado de instrucción.

Si durante la declaración se aprecia fundadamente la existencia de fraude de ley, el juzgado de instrucción debe declararse incompetente objetivamente y remitir las actuaciones al de violencia quien deberá, además de practicar las diligencias pertinentes para determinar la existencia de indicios de los elementos del tipo, analizar el posible fraude de ley y si es varón el presunto autor. Quedan a salvo, no obstante, las diligencias que se hubieran practicado por el juzgado de guardia, toda vez que es el competente para las actuaciones realizadas de urgencia, fuera del horario de violencia sobre la mujer.

## BIBLIOGRAFIA

STS:

STS 436/1987 de 2 de julio de 1987 ECLI: ES:TS:1987:8700  
STS 607/1988 de 15 de julio de 1988, ECLI:ES:TS:1988:9445  
STS 189/1989 de 3 de marzo de 1989, ECLI: ES:TS:1989:8991  
STS 287/1991 de 19 de abril de 1991 ECLI: ES:TS:1991:2141  
STS 811/2002 de 6 de septiembre de 2002, ECLI: ES:TS:2002:5786  
STS 929/2007, de 17 de septiembre de 2007, ECLI: ES:TS:2007:5818  
STS 4217/2019, de 17 de diciembre de 2019 ECLI: ES:TS:2019:4217

STC:

STC 99/2019, de 18 de julio, ECLI:ES:TC:2019:99

STEDH:

STEDH de 6 de noviembre de 1980, asunto Van Oosterwijck contra Bélgica  
STEDH de 10 de octubre de 1986, asunto Rees contra Reino Unido

STEDH de 27 de septiembre de 1990, asunto Cossey contra Reino Unido  
STEDH de 30 de Julio de 1998, asunto Sheffield y Horsham, acumulados, contra Reino Unido  
STEDH de 29 de abril de 2002, asunto Pretty contra Reino Unido  
STEDH de 11 de julio de 2002, asunto Christine Goodwin contra Reino Unido  
STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L. contra Lituania  
STEDH de 8 de enero de 2009, asunto Schlumpf contra Suiza  
STEDH de 16 de julio de 2014, asunto Hämäläinen contra Finlandia  
STEDH de 6 de abril de 2017, asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia

### **Comentario al artículo de la autora. Apuntes por Claudio García Vidales**

Atendiendo a todo lo expuesto por mi querida compañera Verónica, voy a permitirme la licencia de plasmar algunos breves apuntes, resultado exclusivo de una serie de reflexiones personales, a los problemas prácticos de la entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Nos encontramos nuevamente, como ya viene siendo habitual, ante un nuevo ejemplo de lo que podríamos llamar disociación de la realidad por parte del legislador. Y es que, si bien nos encontramos ante normas probablemente cargadas de buenas intenciones, lo cierto es que su redacción denota un notable desapego de sus redactores a la realidad diaria de los órganos judiciales.

Se ha referido mi compañera a la cuestión relativa a la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. No puedo estar más de acuerdo en que uno de los principales caballos de batalla que nos veremos obligados a enfrentar en los próximos tiempos en relación a la entrada en vigor de esta norma será precisamente éste. Más allá de reflexiones teleológicas y de cuestiones hermenéuticas, lo cierto es que la redacción de la norma difícilmente soporta un análisis crítico desde el punto de vista práctico.

Este texto se dirige, fundamentalmente, a jueces y magistrados. Y seguramente muchos de los que leen estas líneas habrán llegado a una primera preocupación que es la misma que me temo se materializará en no demasiado tiempo. ¿Qué ocurrirá con los servicios de guardia? Nada mejor que un ejemplo de hecho para ilustrar la cuestión que nos ocupa. Imaginemos que un día cualquiera (pongamos, por ejemplo, un martes) tiene entrada en el partido judicial un atestado que refleja la reciente producción de una agresión o comportamiento de carácter delictivo en el seno de una pareja o ex pareja de dos mujeres. Leído el atestado por el juez encargado del servicio de guardia y tomadas las declaraciones, éste

tiene conocimiento de que una de ellas, de forma muy reciente y próxima en el tiempo, procedió a la modificación registral de su sexo, figurando previamente como hombre. En caso de haber sido identificada como tal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, nuestra investigada habría sido puesta a disposición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y no del Juzgado de Guardia ordinario. Tenemos los hechos. Pasemos a las ideas y reflexiones.

El ámbito del derecho penal supone el más adecuado para la consagración del principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, el más necesitado de la misma. Es por ello que siendo muchas las posibles hipótesis y soluciones alternativas, en mi opinión, el juez penal debe optar por la interpretación que deje un menor espacio a la interpretación discrecional. Es por ello que, durante la prestación del servicio de guardia, lo más adecuado parece ajustarse a la realidad registral del momento en el que se cometió el hecho delictivo para determinar la competencia del órgano judicial. Esta interpretación parece acomodarse a lo que dispone el art. 46 de la Ley 4/2023 y a la presunción de buena fe que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Ojo. No soy ajeno a que esta interpretación puede dar lugar a diversas polémicas, especialmente por parte de aquellos que consideran que la realidad de la violencia de género responde a una situación mantenida en el tiempo de dominación y supremacía del sexo masculino sobre el femenino. Esta situación, en el caso que nos ocupa, podría concurrir y, sin embargo, pasarse por alto como consecuencia de una reciente modificación registral. No obstante, no debe obviarse que mi respuesta no busca sino sortear, desde una perspectiva de pura seguridad jurídica, inconvenientes que podrían surgir en lo relativo al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Esto no es baladí, especialmente si tomamos en consideración que podría afectar a la validez de determinados aspectos del procedimiento. Así pues, parece conveniente que, en un momento muy primario de la investigación, la competencia venga determinada por la realidad registral. Esta idea, además, es acorde con la línea mantenida por algunas de nuestras Audiencias Provinciales. Sirvan como ejemplo las siguientes resoluciones:

*“Nada de esto concurre en el denunciante Santiago que hasta la fecha no se ha molestado siquiera en solicitar su rectificación de sexo en el Registro Civil y ello a pesar de haberlo podido hacer ya que es ciudadano español desde su nacimiento ( ahora tiene 72 años de edad) por lo que a todos los efectos es un hombre por lo que la competencia para la instrucción de la causa no le corresponde al Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 2 de Zaragoza sino al Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza competente para los supuestos de violencia domestica no genérica” (SAP Zaragoza 519/2021, de 24 de noviembre; en este caso la duda se planteaba respecto de la presunta víctima).*

*“Y si bien, como se señala en la Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección*

*1ª, 199/2010, de 8 de marzo (ROJ APP BI 37/2010, Recurso nº 91/2010), viene siendo en todo caso una constante el que no se lleve a cabo una interpretación extensiva de los requisitos del tipo del artículo 153 del Código Penal, y por ende de las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer, por entender que las consecuencias penológicas de esta interpretación amplia o expansiva son claramente más graves para el reo, también lo es que, acreditada la condición legal de mujer de la víctima (en el caso analizado en el referido Auto 199/2010 no se tuvo por debidamente acreditada), aun cuando conste igualmente acreditada su condición de transexual, ningún problema cabe plantear en cuanto a la efectiva aplicación del citado artículo y la consiguiente incardinación de la conducta atribuida al sujeto activo varón en el ámbito de la violencia de género, pues previamente adquirida por la víctima la condición legal de mujer, la misma le es aplicable a todos los efectos y, naturalmente, a los propios de este tipo de violencia sobre la mujer” (SAP Tenerife 514/2014, de 28 de noviembre).*

A mayor abundamiento, en el caso que nos ocupa, la solución planteada supondría una interpretación *pro reo* del ordenamiento. Dejarían de aplicarse los tipos previstos en el CP en materia de violencia de género para aplicarse los comunes, con penas inferiores a aquellos.

¿Supone esto obviar la posible existencia de fraudes contruidos sobre modificaciones registrales con la finalidad de eludir la aplicación de los tipos previstos en materia de violencia sobre la mujer? En absoluto. El lector no debe malinterpretarme. Lo planteado previamente supone una solución segura encaminada a facilitar la resolución de los conflictos durante la prestación del servicio de guardia por la vía de las diligencias urgentes, especialmente en aquellos casos en que ninguna de las partes involucradas cuestione el sexo de los implicados. Ahora bien, en el caso de que existan indicios del presunto fraude referido, el órgano judicial debe tomar en consideración que ese intento de burlar la ley tiene una influencia capital en el procedimiento. No solo supondría una modificación de la competencia objetiva del órgano judicial, sino que, además, tendría una trascendencia fundamental en el delito cometido. Es importante, en este sentido, no pasar por alto que el tipo aplicable sería distinto en uno u otro caso.

La detección de indicios de fraude (tarea que fundamentalmente corresponderá a las acusaciones) constituye, a mi entender, motivo suficiente para que la investigación de la causa continúe por la vía de las diligencias previas (o procedimiento correspondiente). No se trata de que el órgano judicial aborde la averiguación de la existencia de un fraude registral como fin, sino como medio para determinar el delito cometido y la competencia objetiva del órgano. Esta tarea de la instrucción, no obstante, deberá llevarse a cabo tomando como

punto de partida a este respecto tanto el principio de buena fe como el de fe pública registral. Y, de detectarse la existencia del presunto fraude, no resultaría descabellado asumir como aplicable lo dispuesto en el art. 6.4 CC:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Intentando huir de cualquier tipo de inocencia en esta reflexión, es más que evidente que durante la instrucción este extremo será ampliamente discutido entre las acusaciones y la defensa, siendo más que probable que corresponda finalmente a las Audiencias Provinciales pronunciarse sobre la competencia objetiva del órgano, a la vista de los indicios recopilados hasta el momento en la causa.

Esta problemática es, desde luego, resultado de la enorme facilidad que prevé en estos momentos nuestro ordenamiento para llevar a cabo las posibles modificaciones registrales. En este sentido, el art. 46.3 aborda una tímida regulación encaminada a evitar los efectos perversos derivados de la norma para el caso de que se produjesen modificaciones fraudulentas. El tenor literal del precepto señala:

“La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

La redacción, no obstante, deja mucho que desear, y ello por diversos motivos:

1. En primer lugar, la norma parece más encaminada a salvaguardar los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género que, con posterioridad, han optado por el cambio registral.
2. Nada se dice sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales, cuestión que no puede entenderse colmada con la referencia genérica a la LO 1/2004, especialmente si tomamos en consideración que dicha cuestión encuentra salvaguarda normativa en la Ley Orgánica del Poder Judicial.
3. El concepto régimen jurídico resulta demasiado vago en este caso, especialmente si tomamos en consideración que puede afectar a cuestiones de pura tipicidad penal.
4. La literalidad del precepto es sumamente confusa. Imaginemos el caso de una persona que decide modificar su situación registral por convicción de hombre a mujer y que, con posterioridad, es víctima de violencia por parte de su pareja varón. Si atendemos al artículo, lo cierto es que el régimen jurídico aplicable con anterioridad al cambio registral conforme a la LO 1/2004 sería el relativo al hombre y no a la mujer. Como es obvio, el concepto régimen jurídico aplicable debe delimitarse desde la perspectiva tanto positiva como

negativa. Parece obvio que ésta no es la intención del legislador. No obstante, la defectuosa redacción vuelve a abrir la puerta a una interpretación que puede resultar sesgada.

¿Qué solución normativa puede ofrecerse a la discusión relativa a la competencia de los órganos jurisdiccional? La cuestión es complicada. En este momento, únicamente considero que resultaría tal vez adecuado la fijación legislativa de dos precisiones concretas:

- Por una parte, el establecimiento de un determinado periodo fijado normativamente hasta la aplicación del régimen jurídico penal correspondiente al sexo resultante de la modificación registral, con independencia de que afecte a la víctima o al presunto agresor. Ello supondría una excepción a lo dispuesto en los arts. 46.1 y 46.2 de la Ley. La fijación de ese plazo, más o menos largo, no erradicaría plenamente las posibilidades de fraude, pero supondría desde luego un desincentivo al hecho de que el mismo se llevase a cabo. El problema, como es evidente, es que la fijación de dicho plazo puede entenderse como un gravamen injustificado para la mayoría de personas que proceden a la modificación registral por motivos no espurios.
- En segundo lugar, parecería conveniente que una norma recogiese de forma expresa la atribución subsidiaria de competencia objetiva para la instrucción de causas en el caso en que existiesen dudas razonables sobre la existencia de buena o mala fe en la modificación registral (una competencia que, a mi entender, tanto por razones de generalidad como por una interpretación *pro reo* debería corresponder al juzgado de instrucción ordinario y no al de violencia sobre la mujer).

No obstante todo lo anterior, parece conveniente emitir un mensaje de calma. Los supuestos a los que hemos pretendido referirnos con este texto serán, probablemente, sumamente escasos. Estas reflexiones responden más bien a la necesidad de buscar respuestas a esos “planteamientos de laboratorio” a los que tanto nos gusta apegarnos a jueces y magistrados. La inmensa mayoría de modificaciones registrales que se producirán, con casi total seguridad, responderán al verdadero sentimiento de los solicitantes y a sus convicciones personales, y no a artimañas encaminadas a buscar el recoveco legislativo como medio para beneficiarse de la norma penal.

# A VUELTAS CON EL DERECHO TEMPORAL. TURNS WITH THE TEMPORARY RIGHT

Luis Ortiz Vigil

Magistrado titular, integrante de la  
Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Asturias

- I. **Introducción.**
- II. **¿Es tan importante contar con una Disposición Transitoria?**
- III. **Novedades de la Ley Orgánica 4/2023.**
- IV. **¿Y el futuro?**

## RESUMEN:

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 por la que se modifica el Código Penal en relación con los ahora denominados delitos contra la libertad sexual ha generado dificultades interpretativas que han propiciado que la Sala 2ª del Tribunal Supremo haya dictado varias sentencias de pleno para fijar los criterios a seguir en materia de Derecho transitorio, especialmente en relación con aquellos supuestos a los que la aplicación de aquella Ley pudiera suponer una rebaja de la penalidad impuesta con ocasión de anteriores condenas impuestas bajo la vigencia de la normativa anterior. A la exposición de algunos de tales criterios se dedica la parte inicial del artículo.

A ello cabe añadir que la promulgación de la Ley Orgánica 4/2023 ha supuesto, a su vez, una relevante modificación de la reforma introducida por la mencionada Ley Orgánica 10/2022, exponiéndose, en relación con ello, las novedades que esta sobrevenida reforma implica.

### **Abstract:**

*the entry into force of Organic Law 10/2022 amending the Criminal Code in relation to the now called crimes against sexual freedom has generated interpretative difficulties that have led the 2nd Chamber of the Supreme Court to issue several plenary judgments for to set out the criteria to be followed in matters of transitional law, especially in relation to those cases to which the application of that Law could suppose a reduction of the penalty imposed on the occasion of previous sentences imposed under the validity of the previous regulations. The initial part of the article is devoted to the exposition of some of these criteria.*

To this it should be added that the enactment of Organic Law 4/2023 has supposed, at the same time, a relevant modification of the reform introduced by the aforementioned Organic Law 10/2022, exposing, in relation to it, the novelties that this supervening reform implies.

### **Palabras clave:**

Derecho temporal; Retroactividad; Artículo 2.2 Código Penal; Disposición Transitoria; Libertad sexual.

### **Keywords:**

Temporary law; Retroactivity; Article 2.2 Criminal Code; Transitional Provision; Sexual freedom.

## **INTRODUCCIÓN.**

Fueron muchos los meses de paciente espera los que tuvimos que padecer los juristas en general y los penalistas en particular hasta que cayó en nuestros manos el preciado ejemplar de la que, por entonces, parecía iba a ser la principal novedad editorial legislativa de la temporada. No podemos olvidar que su publicación vino precedida de una campaña promocional de la que, al menos quien esto les escribe, no recuerda precedentes similares. Era, qué duda cabe, un acontecimiento singular, al menos para todos aquellos que formamos parte de esa extraña tribu, con gustos algo extravagantes frente al común de los mortales, que dedica parte de su tiempo, a poco de que disponga de un rato libre para ello, a leer, releer e, incluso, subrayar con llamativos colores las modificaciones legales y la jurisprudencia que, a su rebufo, se produce inevitable e incesantemente.

En efecto, el día 07/09/2022 llegó, por fin, a las estanterías virtuales de todo el país el Boletín Oficial del Estado en el que se daba publicidad a la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual – comúnmente conocida como la *Ley del sí es sí* -. Recordaré siempre que aquel día la rueda de mi ratón giró a toda velocidad a la búsqueda de la Disposición Transitoria reguladora de los supuestos tenidos lugar con anterioridad a su entrada en vigor que podían verse afectados por la reforma, pero, ¡oh, sorpresa!, aquella no estaba.

He de reconocer que mi primera reacción ante la omisión advertida fue de completa sorpresa. No contaba con que, ante el muy importante número de preceptos del Código Penal que se veían afectados por la reforma y la muy sensible materia – libertad sexual – a la que aquella afectaba, no contáramos, como sí había ocurrido en otras ocasiones similares, con un instrumento de trabajo que facilitara, siquiera sea mínimamente, la ardua labor que nos

correspondería a los operadores jurídicos en los siguientes meses: nada menos que determinar si la nueva normativa debía o no aplicarse retroactivamente caso de que fuera considerada más favorable para su destinatario.

Parece ya evidente que la *Ley del sí es sí* pasará a la historia por muchas razones, entre otras por la llamativamente escasa vigencia formal – algo más de 6 meses y medio – que han tenido algunos de sus preceptos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2023 a la que luego también aludiré. Ello, como es sabido, no implica, sin embargo, que, en tanto que posible ley intermedia más favorable, la *Ley del sí es sí* no pueda aplicarse a supuestos tenidos lugar hasta el día 28/04/2023, de tal modo que aún es pronto para conocer, con el debido rigor, hasta cuándo y en qué términos se producirán materiales consecuencias dimanantes de su promulgación. No faltarán autores que, en un futuro más o menos próximo, examinen y valoren tales cuestiones, alcanzando conclusiones más o menos favorables respecto a los efectos más o menos benignos que la vigencia de la consabida Ley ha podido conllevar.

Por el momento y en un ejercicio de, tal vez, ingenuo optimismo, sí que podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que la *Ley del sí es sí* ha reportado, cuanto menos, alguna consecuencia positiva. Tras un muy importante y, por qué no decirlo, apasionado debate tenido lugar tanto fuera como dentro de las salas de justicia, se ha generado, como consecuencia de la reunión del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo celebrada los días 6 y 7 de junio de 2023, un cuerpo jurisprudencial del máximo nivel en el que se tratan y resuelven de cara al futuro cuestiones esenciales que permitirán contar, en el ámbito de la justicia penal, con un modelo de transitoriedad que ofrezca al conjunto de sus destinatarios una siempre deseable seguridad jurídica. A la exposición de algunas de tales cuestiones, no obviamente con carácter exhaustivo, – puesto que ello excede con mucho las posibilidades de un artículo como el presente, – dedicaré las siguientes líneas.

## II. ¿Era necesario contar con una Disposición Transitoria?

Como punto de partida, imprescindible es recordar que la promulgación de la Ley 41/2015 y la reforma del recurso de casación que su entrada en vigor supuso nos ha permitido, en relación con aquellos procedimientos penales incoados con posterioridad al día 06/12/2015, contar con pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo no solo, como hasta entonces, en relación con las sentencias dictadas por la comisión de delitos graves (castigados con pena de prisión superior a 5 años), sino también en lo que atañe a las sentencias dictadas por la perpetración de delitos menos graves (castigados con pena de prisión de hasta 5 años).

Ello permite, en la práctica, que cualquier asunto criminal no leve – se insiste, siempre que el correspondiente procedimiento se haya incoado con posterioridad al día 06/12/2015 – sea potencialmente estudiado y resuelto por no menos de 9 magistrados (delitos graves) o de 7 magistrados (delitos menos graves). El sistema penal alcanza así lo que parecen inexcusables estándares en materia de derechos humanos propios de una avanzada y moderna comunidad que se precie de serlo en la que el escrupuloso respeto a la dignidad de la persona y la presunción de inocencia constituyan valladares infranqueables inexcusablemente anudados a un modelo de convivencia en el que el valor justicia esté verdaderamente presente en nuestras vidas.

Pero es más, en supuestos como los que ahora nos ocupan en los que resulta necesario fijar criterios interpretativos ante la diversidad de opiniones que se han suscitado sobre el modo de abordar la entrada en vigor de una novedosa normativa como la que se examina, se da – como ya se había hecho en otras materias – un paso más y se acude al mecanismo de las sentencias de Pleno dimanantes de la previsión normativa contenida en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015. Tal sistema ha venido a superar lo que antes eran acuerdos no jurisdiccionales para la unificación de criterios y prácticas procesales – que presentaban la ventaja de abordar de forma directa cuestiones concretas –, si bien se reconocía a cualquier magistrado una libertad de criterio para resolver los concretos recursos de los que llegara a conocer en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Tal y como recuerda, entre otras, la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 501/2023, de 23/06/2023 (ECLI: ES: 2023: 2823), daba lugar a que *la independencia de los magistrados a la hora de enjuiciar y resolver los distintos procesos sometidos a su conocimiento suponía que podía decaer el esfuerzo unificador si la mayor parte de los magistrados de una Sección se posicionaban en contra de aplicar el sentido del acuerdo al resolver un asunto concreto.*

Esto hace, en definitiva, que los concretos supuestos sujetos a controversia se sometan a la consideración, estudio y resolución no solo del órgano de primera instancia y, en su caso, apelación, sino también del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo – formado, cuanto estas líneas están siendo escritas, por 15 magistrados y ello a consecuencia de la parálisis institucional por todos conocida y de imprevisible duración que impide, como es sabido, la renovación de las Salas de nuestro Alto Tribunal –, lo que determina, en fin, que, en tales supuestos y siempre que se trate de procedimientos incoados con posterioridad al día 06/12/2015, sean nada menos que 21 magistrados, tratándose de delitos graves, los que hayan examinado cada uno de aquellos supuestos sometidos a su conocimiento.

Todo sistema es perfectible, qué duda cabe, y ha de estar sometido a una permanente crítica constructiva que permita innovar, desarrollar y mejorar su funcionamiento, pero resulta difícil imaginar un mecanismo dotado de mayores garantías como el recién expuesto, lo que, en última instancia, hace viable preservar una recta interpretación de la normativa penal.

Fruto de esta arquitectura procesal y de la reunión, ya reseñada, tenida lugar los días 6 y 7 de junio de 2023, resultan 26 sentencias de Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo – cuya lectura me permito humildemente recomendar – y de las que podemos extraer, como ya he anticipado sin ánimo de exhaustividad, algunas conclusiones en la materia y ello al resolver varios interrogantes que permitirán al intérprete de la normativa penal desarrollar su labor en el futuro por un más claro camino cuando de aplicar normativa transitoria en general y sobre libertad sexual en particular se trate.

Así:

1/ ¿Qué recursos caben frente a una decisión de revisión o no revisión de una sentencia firme como consecuencia de la entrada en vigor de una nueva legislación que se considere más favorable? ¿Y si la indicación del recurso por el órgano de instancia no es la correcta?

La Sentencia de Pleno nº 453/2023 dictada el día 14/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2820) aborda estas cuestiones y recuerda que se debe seguir el mismo régimen de impugnación que la sentencia a la que afectan y complementan de forma sobrevenida los nuevos preceptos, tal y como ya se había tenido ocasión de señalar en la sentencia nº 606/2018 dictada el día 28/11/2018 (ECLI: ES: TS: 4071) o, dicho en otras palabras, la decisión de referencia está sujeta *al mismo régimen procesal de recurribilidad al que está sometida la sentencia que se pretende modificar*.

Por lo tanto, tratándose de un procedimiento incoado con posterioridad al 06/12/2015, si la sentencia atinente a un delito grave fue dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial, el régimen de recursos será apelación ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia y, solo tras la resolución por este de aquella apelación, casación ante el Tribunal Supremo.

Este planteamiento se mantiene incluso en el supuesto de que el órgano de instancia notifique erróneamente el régimen de recursos como consecuencia de la indicación por su parte de que se debía acudir directamente a la casación, ya que esta deviene inadmisibile por aplicación del artículo 884.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; no obstante lo cual y valorando que aquella indicación errónea pudo inducir a error a la parte, se opta, a fin de conjurar cualquier riesgo de indefensión, por retrotraer las actuaciones al momento de notificación del auto objeto de recurso para que se haga la indicación correcta – apelación ante

el Tribunal Superior de Justicia en el plazo de 10 días – y pueda aquella parte realizar la actuación procesal que entienda procedente.

2/ ¿Cuál es el objeto del recurso por el que se insta la revisión de una condena ya impuesta por sentencia firme?

La respuesta dista mucho de ser sencilla en un supuesto como el que ahora nos ocupa en el que, no cabe olvidarlo, no estamos ante una mera modificación de las penas a supuestos que permanecieran inalterados en cuanto a la redacción de las conductas que se consideran punibles, sino que estamos ante una compleja reforma en el que, además de producirse cambios terminológicos – se suprime, como es sabido, la denominación *abusos sexuales* –, tienen lugar modificaciones de tal entidad como que lo que antes era elemento constitutivo de un determinado tipo penal (por ejemplo, la violencia) pase a ser una más de las circunstancias – no necesariamente presente – que pueden integrar la conducta penalmente reprochable.

La Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 473/2023, de 15/06/2023 (ECLI: ES: 2023: 2822), delimita con precisión la cuestión que se plantea y ello en los siguientes términos: *Su objeto es muy limitado: verificar si la reforma operada incide favorablemente en la subsunción jurídico-penal y/o penalidad. Esta idea arrastra consecuencias variadas e importantes: se rige por un criterio de competencia funcional (el órgano competente es el que dictó la sentencia, aunque como consecuencia de la revisión imponga una pena que exceda de su competencia objetiva) (i); carece de aptitud para corregir defectos que se detecten en la sentencia y no fueron objeto de impugnación (agravante o atenuante indebidamente omitidas, errores en la concreción penológica...) (ii); no está condicionado por el principio acusatorio (que ya fue respetado en el juicio inicial), aunque sí rige el principio de contradicción: ahora el Tribunal se limita a refrendar aquélla penalidad o a variarla en beneficio del reo (iii); y está condicionado por lo que se decidió en la sentencia firme cuyos pronunciamientos y argumentaciones habrán de ser respetados salvo que queden afectados por la constatación de que la nueva norma impondría, de enjuiciarse de nuevo los hechos, una solución jurídico penal menos gravosa para el condenado, en cuyo caso ha de acomodarse la sentencia anterior adaptándola, en esos exclusivos aspectos, a la nueva legislación, valorada globalmente y no de forma fraccionada o fragmentada (iv).*

Una importante conclusión cabe extraer a partir de esta delimitación y ello en el sentido de que no es posible corregir, en un juicio de revisión, determinados pronunciamientos que pudieron haber sido improcedentes con ocasión del enjuiciamiento primitivo y que, sin embargo, alcanzaron firmeza: piénsese, a título meramente ejemplificativo, en un inadecuado cálculo de penas o en la

omisión de una preceptiva libertad vigilada que debió haber sido impuesta en su día o, como dice la sentencia ya reseñada, *no cabe, así pues, aprovechar el incidente de revisión para rectificar o modificar puntos que, habiendo sido ya decididos, son ajenos a la reforma legislativa.*

3/ ¿Es aplicable a los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 10/2022 la Disposición Transitoria 5ª establecida con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995?

La respuesta, aparentemente sencilla, no lo es tanto, como se expone seguidamente. En principio, hemos de decir que no es aplicable. Estamos ante una ley temporal con un objeto muy determinado de aplicación, que no es otro que la adaptación de condenas como consecuencia de la entrada en vigor de lo que era entonces un nuevo Código Penal en el año 1995 que venía sustituir al Código Penal de 1973. Producida tal adaptación, aquella ley temporal carece de objeto sin que sea necesaria una formal derogación de la mentada Disposición Transitoria. Debe recordarse aquí que el artículo 4.2 del Código Civil establece que *las leyes de ámbito temporal no se aplicaran a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.*

Como dice la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 487/2023, de 21/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2023: 2828) *no es posible rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla y aplicarla a supuestos diversos.* Ello implica, en definitiva, que, ante la falta de previsión específica en forma de Disposición Transitoria acompañante de la Ley Orgánica 10/2022 ha de estarse en sus estrictos términos a lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal - *tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena* -, lo que se traduce, en la práctica, en que la circunstancia de que una pena dada esté contemplada tanto en la legislación anterior a la Ley Orgánica 10/2022 como en esta no necesariamente ha de implicar que la nueva normativa no sea considerada más favorable.

Ahora bien, tal y como recuerdan las ya reseñadas Sentencias del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 473/2023 y 487/2023, ello no significa que la reseñada Disposición Transitoria 5ª haya perdido todo valor, ya que puede ser utilizada para disciplinar aspectos procesales carentes de regulación (así, la tramitación de un recurso cuando al entrar en vigor una nueva ley ya se hubiera dictado sentencia en primera instancia) o incluso de forma analógica en algún aspecto sustantivo pero siempre de forma favorable al *reo o in bonam partem*, ya que ninguna duda se suscita respecto a que, en el ámbito sustantivo, una hipotética aplicación analógica *in malam partem* no resulta asumible en supuesto alguno.

4/ ¿Podría una Disposición Transitoria haber modificado los términos del artículo 2.2 del Código Penal?

La Sala 2ª – véanse, nuevamente, las ya reseñadas Sentencias nº 473 y 487/2023 – ofrece una respuesta afirmativa al interrogante planteado, de tal modo que es opción legislativa guardar silencio y dejar que se aplique el artículo 2.2 del Código Penal *en defecto* de aquella hipotética Disposición Transitoria o bien establecer normas específicas de transitoriedad que pueden bien ampliar la retroactividad a supuestos allí no contemplados – piénsese, por ejemplo, en que se extienda sobre aquellos supuestos de pena ya cumplida, aspecto esto no baladí, ya que podría afectar al momento de cancelación de los antecedentes penales – o restringirla acotando sus efectos, cosa que el legislador, en el concreto supuesto de la Ley Orgánica 10/2022, no ha hecho en ninguno de tales sentidos, lo que determina, como se ha anticipado, la directa y completa aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal.

Ahora bien, lo que en ningún caso podría hacer esa Disposición Transitoria es evitar que a los hechos pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación si es que esta resulta más beneficiosa y ello con la excepción de que se trate de una ley temporal que así lo establezca, puesto que así lo prevé el inciso final del mentado artículo 2.2 del Código Penal.

5/ Si en la normativa posterior a la aplicable en el momento del enjuiciamiento se establece una nueva e imperativa pena accesoria, ¿debe esta pena imponerse en el supuesto de entender procedente la rebaja de la pena principal por ser considerada la nueva normativa más favorable?

Aborda esta cuestión, entre otras, la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 480/2023 de 20/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2023: 2819) que, recordando, anterior jurisprudencia, pone de relieve, como punto de partida, en la cuestión que nos ocupa, que *no es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad.*

Sentado lo anterior, señala el Alto Tribunal que *si la pena principal que se rebaja lleva aparejada una pena accesoria, ésta no puede [sic] ser ignorada, pues habiéndonos decantado por la revisión, es obligado aplicar la norma en su integridad.* Ahora bien, ello ha de haber sido solicitado expresamente por alguno de los recurrentes – bien de forma directa, bien de forma adhesiva –, pues, aun en el caso de confirmarse, como es el supuesto, una pretérita revisión de la pena principal, aquella ausencia de solicitud impide imponer en casación la pena accesoria de referencia – véase la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del

Tribunal Supremo nº 441/2023 de 08/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2023: 2821).

### III. Novedades de la Ley Orgánica 4/2023.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual - tenida lugar el día 07/10/2022 - supuso una sustancial modificación de las penas aplicables a los delitos contra la libertad sexual, cuyas verdaderas consecuencias, ya sea en forma de reducción de la duración de las penas impuestas con anterioridad a aquella entrada en vigor, ya sea en forma de modificación de la calificación y la correlativa penalidad atinente a comportamientos pendientes de enjuiciamiento y que puedan acogerse a sus previsiones, aún están muy lejos de poder ser precisadas y habrán de ser examinadas en un futuro más o menos próximo.

En este contexto, el Boletín Oficial del Estado fechado el día 28/04/2023 ha publicado la Ley Orgánica 4/2023 - con entrada en vigor establecida para el día 29/04/2023 -, introduciendo una nueva reforma en los delitos contra la libertad sexual y modificando, una vez más, los parámetros normativos en los que ha de moverse la instrucción y ulterior enjuiciamiento de este tipo de delitos, debiendo advertirse desde ya que la reforma afecta no solo al Código Penal, sino también a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores.

Se desgranará seguidamente el impacto de la reforma de referencia en el Código Penal.

1.- Aunque ello no sea en sí mismo una novedad, resulta destacable, como punto de partida, y así lo hace, también, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2023 - lo denomina *la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual* -, que se mantiene la definición del consentimiento introducida por la Ley Orgánica 10/2022 - *sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona* -.

2.- Artículo 132.1, párrafo 3 del Código Penal: en relación con la forma de computar los plazos en materia de prescripción se sustituye la expresión *libertad e indemnidad sexual* por *libertad sexual* y ello, aparentemente - nada dice la Exposición de Motivos -, a fin de adaptar la denominación de los delitos de referencia a la nueva rúbrica del Título VIII del Libro II dimanante de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022.

3.- Artículo 178.2 del Código Penal: se suprime la expresión *a efectos del apartado*

## **A VUELTAS CON EL DERECHO TEMPORAL**

*anterior*, cuya existencia generaba importantes dificultades interpretativas, permitiendo ahora sin dificultad su aplicación a cualquier agresión sexual, esté o no específicamente contemplada en el artículo 178.1 del Código Penal.

4.- Artículo 178.3 del Código Penal: la agresión sexual cometida a) mediante el empleo de violencia o intimidación o b) sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, que estaba castigada con una pena de 1 a 4 años de prisión, ahora está sancionada con una pena de 1 a 5 años de prisión.

5.- Artículo 178.4 del Código Penal: contempla la modalidad atenuada anteriormente prevista en el antiguo artículo 178.3 del Código Penal, si bien amplía su aplicabilidad a los supuestos previstos en el nuevo artículo 178.3 del Código Penal ya reseñados.

En este concreto supuesto, sigue llamando enormemente la atención que el legislador deje abierta la posibilidad de que pueda tener igual pena – *prisión en su mitad inferior* – el tipo básico contemplado en el artículo 178.1 del Código Penal que la modalidad atenuada contemplada en el artículo 178.4 del Código Penal y ello, particularmente, si se toma en consideración lo dispuesto en el artículo 66.1.6ª del Código Penal, cuando, aparentemente, parecería más lógico y coherente con la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria en forma de multa haber establecido la previsión de que pudiera imponerse *la pena de prisión inferior en grado* y ello de igual modo a como se establece en el ámbito de las agresiones sexuales a menores de 16 años.

6.- Artículo 179.2 del Código Penal: la agresión sexual consistente en acceso carnal o introducción de miembros u objetos, cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el artículo 178.3 del Código Penal ya reseñados, que estaba castigada con una pena de 4 a 12 años de prisión pasa a estar sancionada con una pena de 6 a 12 años de prisión.

7.- Artículo 180.1 del Código Penal (I): se suprime, en la circunstancia 5ª, la expresión por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, lo que se traduce en la extensión de la modalidad agravada a los supuestos de prevalimiento de una situación de parentesco, ya sea este más próximo o más lejano (por ejemplo, ahora, a diferencia de la situación anterior, se aplicaría la agravación al supuesto de una víctima que fuera prima carnal de la persona responsable).

8.- Artículo 180.1 del Código Penal (II): se sustituye, en la circunstancia 7ª, la expresión *el autor* por la expresión *la persona responsable*, lo que permite extender la modalidad agravada a cualquiera de los supuestos de responsabilidad

criminal previstos en los artículos 27 y siguientes del Código Penal, esto es y tratándose de personas físicas, estemos ante autores o cómplices.

9.- Artículo 180.1 del Código Penal (III): la agresión sexual prevista en el artículo 178.3 del Código Penal en la que esté presente alguna de las 7 modalidades agravadas contempladas en el artículo 180.1 del Código Penal, que estaba castigada con una pena de 2 a 8 años de prisión, ahora está sancionada con una pena de 5 a 10 años de prisión.

10.- Artículo 180.1 del Código Penal (IV): la agresión sexual prevista en el artículo 179.2 del Código Penal en la que esté presente alguna de las 7 modalidades agravadas contempladas en el artículo 180.1 del Código Penal, que estaba castigada con una pena de 7 a 15 años de prisión, ahora está sancionada con una pena de 12 a 15 años de prisión.

11.- Artículo 180.1 del Código Penal (y V): elimina la antigua exclusión de la aplicación del artículo 180.1 del Código Penal para el supuesto de que las circunstancias correspondientes hubieran sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 y 179 del Código Penal –había generado muy importantes dificultades interpretativas ya que, por ejemplo, puede llegarse a entender que un supuesto en el que la falta de consentimiento propiciada por una situación de vulnerabilidad de la víctima venga exclusivamente determinada por una situación de discapacidad, no resultaría aplicable el tipo agravado - y establece ahora que cuando para la apreciación de la agresión sexual se haya tenido en cuenta de forma simultánea, por un lado, alguna de las circunstancias previstas en los artículos 178 y 179 del Código Penal y, por otro lado, alguna de las circunstancias previstas en el artículo 180.1 del Código Penal, el legislador parece optar de forma un tanto confusa por entender aplicable el precepto que contenga pena más grave y ello mediante una llamativa remisión a lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código Penal, cuando es lo cierto que la literalidad de tal precepto (*en defecto de los criterios anteriores*) no excluye la toma en consideración de las reglas contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8.

12.- Artículo 181.2: se limita su aplicación a los supuestos contemplados en el artículo 178.2 y 3, ello se traduce, indirectamente, en que, en el ámbito de las agresiones sexuales a menores de 16 años, dentro de las modalidades no agravadas por el artículo 181.4 y 5 del Código Penal, hay que distinguir dos supuestos:

a) Si no concurre supuesto alguno del artículo 178.2 (violencia, intimidación, abuso de situación o vulnerabilidad, víctima con voluntad anulada o acto

## **A VUELTAS CON EL DERECHO TEMPORAL**

cometido sobre persona privada de sentido o de cuya situación mental se abusare): se aplica el artículo 181.1 del Código Penal y el supuesto está castigado con una pena de 2 a 6 años de prisión.

Esto supone que los supuestos de agresión sexual a menores de 16 años sin acceso carnal ni introducción y no agravada que se reconducen exclusivamente al supuesto contemplado en artículo 178.1 del Código Penal se castigan con menos pena que la prevista en la redacción anterior (5 a 10 años de prisión).

b) Si concurre algún supuesto del artículo 178.2 del Código Penal: se aplica el artículo 181.2 del Código Penal y el supuesto ahora está castigado con una pena de 6 a 12 años de prisión, lo que supone un incremento respecto a la pena establecida por el antiguo artículo 181.2 (5 a 10 años de prisión).

13.- Artículo 181.3 del Código Penal: sustituye el antiguo artículo 181.2 párrafo 2 del Código Penal en términos tales que de la modalidad atenuada que se establece se excluyen los supuestos de violencia, intimidación, víctima con voluntad anulada o concurrencia de las circunstancias del nuevo artículo 181.5 del Código Penal.

14.- Artículo 181.4 del Código Penal (I): la agresión sexual a menores de 16 años consistente en acceso carnal o introducción de miembros u objetos, cuando estemos ante el supuesto establecido en el artículo 181.1 del Código Penal ya reseñado, que estaba castigada con una pena de 6 a 12 años de prisión pasa a estar sancionada con una pena de 8 a 12 años de prisión.

15.- Artículo 181.4 del Código Penal (y II): la agresión sexual a menores de 16 años consistente en acceso carnal o introducción de miembros u objetos, cuando estemos ante el supuesto previsto en el artículo 181.2 del Código Penal ya reseñado, que estaba castigada con una pena de 10 a 15 años de prisión pasa a estar sancionada con una pena de 12 a 15 años de prisión.

16.- Artículo 181.5 del Código Penal (I): se suprime, en la circunstancia e), la expresión *por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines*, se traduce en la extensión de la modalidad agravada a los supuestos de prevalimiento de una situación de parentesco, ya sea este más próximo o más lejano (por ejemplo, ahora se aplicaría, a diferencia de la situación anterior, la agravación al supuesto de una víctima que fuera prima carnal de la persona responsable).

17.- Artículo 181.5 del Código Penal (II): se sustituye, en la circunstancia g), la expresión *el autor* por la expresión *la persona* responsable, ello permite extender

la modalidad agravada a cualquiera de los supuestos de responsabilidad criminal previstos en los artículos 27 y siguientes del Código Penal, esto es y tratándose de personas físicas, estemos ante autores o cómplices.

18.- Artículo 181.5 del Código Penal (y III): introduce la novedosa previsión de que cuando para la apreciación de la agresión sexual sobre menores de 16 años se haya tenido en cuenta de forma simultánea, por un lado, alguna de las circunstancias previstas en el artículo 181.1, 2 y 3 del Código Penal y, por otro lado, alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 181.5 del Código Penal, el legislador parece optar de forma un tanto confusa por entender aplicable el precepto que contenga pena más grave y ello mediante una llamativa remisión a lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código Penal, cuando es lo cierto que la literalidad de tal precepto (*en defecto de los criterios anteriores*) no excluye la toma en consideración de las reglas contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8.

Llama la atención que no mencione – sin explicación alguna en la Exposición de Motivos – el artículo 181.4 del Código Penal (acceso carnal o introducción y ello a diferencia de lo establecido en el ámbito de las agresiones sexuales sobre no menores de 16 años), lo que se puede traducir en que:

a) En el caso de que, habiendo acceso carnal o introducción y por aplicación del principio non bis in idem, se excluya la aplicación del artículo 181.5 del Código Penal, la horquilla punitiva, en un supuesto del artículo 181.4 del Código Penal sería, según los casos, de entre 8 y 12 años de prisión (supuestos del artículo 181.1 del Código Penal) o 12 y 15 años de prisión (supuestos del artículo 181.2 del Código Penal).

b) En el caso en el que, habiendo acceso carnal o introducción, no se excluya la aplicación del artículo 181.5 del Código Penal la horquilla punitiva, en un supuesto del artículo 181.4 del Código Penal sería, según los casos, de entre 10 años y 1 día y 12 años de prisión (supuestos del artículo 181.1 del Código Penal) o 13 años, 6 meses y día y 15 años de prisión (supuestos del artículo 181.2 del Código Penal).

19.- Artículo 181.6 del Código Penal: se eleva la pena a una nueva mitad superior, en el supuesto de concurrencia de 2 o más circunstancias del artículo 181.5 del Código Penal.

20.- Artículo 181.7 del Código Penal: reproduce el contenido del antiguo artículo 181.6 del Código Penal.

21.- Artículo 189 bis del Código Penal: se sustituye la expresión *II bis* por el término *II*, lo que implica que a partir de ahora se penalizan las conductas de distribución o difusión pública de determinados contenidos destinados a promover, fomentar o incitar la comisión de agresiones sexuales contra menores de 16 años, toda vez que el capítulo *II bis* del Título VIII del Código Penal al que se refería el precepto fue suprimido por la Disposición Final 4ª.9 de la Ley Orgánica 10/2022.

La reforma del Código Penal tenida lugar lleva consigo, en definitiva, tres importantes novedades a considerar a primera vista y ello, obvio resulta decirlo, sin perjuicio del desarrollo jurisprudencial que pueda irse produciendo a partir de la efectiva aplicación de los preceptos de referencia:

1/El tipo básico de la agresión sexual no agravada sin acceso carnal o introducción ve incrementada su penalidad hasta los 5 años de prisión, superando así el criterio de la Ley Orgánica 10/2022, que había fijado el tope punitivo de tal supuesto en los 4 años de prisión, en aquellos supuestos en los que concurra violencia o intimidación o en los que la víctima tenga su voluntad anulada.

2/La modalidad comisiva perpetrada, cuya punibilidad, en todo caso, habrá de partir de una ausencia de consentimiento de la víctima, habrá de ser examinada caso a caso para la determinación de si concurren o no determinadas circunstancias adicionales cuya ausencia o presencia condicionará el establecimiento de una u otra penalidad, según los casos.

3/ Salvo alguna concreta excepción, con carácter general, la reforma implica, en la mayoría de los supuestos, un aumento de la duración de las posibles penas privativas de libertad a imponer y ello tomándola en comparación con la establecida por la Ley Orgánica 10/2022.

A todo lo anterior cabe añadir que se modifica el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal modo que, en su párrafo 2, se establece una excepción para el caso de los delitos contra la libertad sexual en cuanto a la competencia objetiva para el enjuiciamiento, lo que implica, en la práctica, no tener en cuenta las penas de inhabilitación contempladas en el artículo 192 del Código Penal para la determinación de aquella competencia y volver al tradicional modelo de distribución del enjuiciamiento entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021. La modificación recién expuesta se aplica a los procesos que el día 29/04/2023 se encontraran en tramitación, salvo que ya se hubiera dictado auto de apertura de juicio oral.

En este ámbito, resulta, cuanto menos, llamativo que el mantenimiento de la

redacción de los artículos 795.1 y 801.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al tratarse, en todo caso, de delitos castigados con penas distintas a la prisión de duración superior a diez años y contempladas en el artículo 192 del Código Penal, sigue impidiendo, igual que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, la hipotética celebración de juicios rápidos en supuestos castigados con pena de prisión no superior a 5 años. Ello imposibilita, en la práctica diaria de los juzgados de instrucción, alcanzar sentencias de conformidad en la materia con un triple efecto: sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, impide a los condenados alcanzar una hipotética rebaja de pena dimanante de la conformidad y sitúa a la víctima en un escenario de re victimización.

No es esta una nueva problemática sino que, ya en abril de 2022 y en el nº 1 de esta misma revista (El nuevo artículo 192.3 del Código Penal y el aleteo de la mariposa, páginas 30 y 31), CLAUDIO GARCÍA VIDALES advertía que *se cercena, del mismo modo, la posibilidad de utilizar la transformación en diligencias urgentes durante la tramitación de diligencias previas que se prevé en el art. 779 LECrim. Se pierde así una posibilidad notablemente interesante, a mi entender, para dotar de celeridad a los procedimientos penales cuando han requerido una investigación previa prolongada, evitando la apertura de la fase intermedia del proceso.*

Finalmente, cabe mencionar que, con el objetivo de que los menores de edad, en algunos casos, no tengan penas más graves que los mayores de edad, se da nueva redacción al artículo 10.2 de la Ley Orgánica 5/2000.

#### IV. ¿Y el futuro?

Concluyo, amables lectores.

Creo que lo vivido en los últimos meses ha de permitirnos, cuanto menos, plantearnos, como sociedad, varios aspectos de capital importancia que podrían hacer progresar sustancialmente nuestro modelo de vida en común.

1/ Acometer una reforma penal, particularmente si se trata de modificar los delitos contra la libertad sexual, exige pausa, reflexión, serenidad y un concienzudo y riguroso estudio de sus consecuencias.

2/ Las controversias penales y las dificultades interpretativas que la aplicación de la normativa reguladora puede llevar aparejada han de dilucidarse no mediante acaloradas discusiones, grandes titulares de prensa o beligerantes proclamas, sino mediante el recto análisis de cada caso concreto por parte de quien constitucional y legalmente tiene encomendada esa función.

3/ Cualquier actuación pública que se lleve a cabo en este ámbito nunca debería olvidar que, en este tipo de conductas, siempre hay, cuanto menos, una víctima en relación con la que resulta de todo punto previsible que la confusión, las voces en alto tono, el ruido que se genera sobre algo que ya fue en su día juzgado tras un largo proceso le genere, nuevamente, inquietud, lo que debería llevar a la prudencia y al sosiego ante el riesgo de una siempre indeseable – y, en algunos casos, evitable – re victimización.

Si han llegado hasta aquí, tal vez quiera decir que, sin apenas darse cuenta, podrían haber pasado a formar parte – si es que no eran integrantes ya – de esa extraña tribu lectora de la que les hablaba al comienzo. Me atrevo por ello a recomendarles que, si tienen oportunidad, perseveren en su conducta, ya que ello puede contribuir a que, poco a poco, se reflexione más y más siempre en pro de una mejor convivencia.

# LOS AJUSTES PROCEDIMENTALES EN EL PROCESO PENAL: DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y LA FIGURA DEL FACILITADOR.

Isabel Hernández de la Peña  
Abogada en la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad  
Intelectual (UAVDI) de la Fundación A LA PAR.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD INTELECTUAL  
VULNERABILIDAD Y DISCAPACIDAD  
ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LA  
FIGURA DEL FACILITADOR  
CONCLUSIÓN  
BIBLIOGRAFÍA

## Introducción:

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce, en su artículo 13, el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Para ello, han de llevarse a cabo ajustes en el procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos. Se propone la figura del facilitador como ajuste procedimental al ser considerado como uno de los principales y más efectivos apoyos para las personas con discapacidad intelectual en su paso por el sistema judicial.

Discapacidad intelectual; acceso a la justicia; ajustes procedimentales; facilitador

## I. Aproximación al concepto de discapacidad intelectual

El 13 de diciembre de 2006, en Nueva York, fue aprobada la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, ratificados por España en el año 2008<sup>1</sup>, en adelante la Convención.

La Convención supone un hito fundamental para el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad pues prevé medidas de no discriminación y de acción positiva que los Estados parte deberán implementar para garantizar a

<sup>1</sup> CDPD. BOE-A-2008-6963, de 21 de abril. Disponible en: [https://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2008-6963](https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2008-6963). [Fecha de consulta: 29/06/2023].

las personas con discapacidad sus derechos en igualdad de condiciones. Además, ofrece una definición de persona con discapacidad, entendiendo por tal a todas aquellas personas que tienen «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Pero ¿qué debemos entender por persona con discapacidad intelectual? La Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD) ha definido el término «discapacidad intelectual» como aquella que se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, que pueden manifestarse en habilidades conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina durante el periodo de desarrollo, el cual es definido operativamente como antes de que la persona cumpla 22 años<sup>2</sup>.

### Vulnerabilidad y discapacidad intelectual

Las personas con discapacidad intelectual son especialmente vulnerables a sufrir diferentes tipos de abusos<sup>3</sup> y a experimentar un proceso de revictimización tras su revelación o denuncia, además, es importante destacar que la prevalencia de los abusos sufridos por las personas con discapacidad intelectual es muy superior a las personas sin discapacidad intelectual<sup>4</sup>, sufriendo estadísticamente un mayor número de abusos que el resto de la población<sup>5</sup>.

Diferentes estudios sobre la materia han determinado que, se estima que entre el 60%-80% de personas con discapacidad intelectual ha sufrido algún episodio de abuso a lo largo de su vida<sup>6</sup>, que el 53% de las personas con discapacidad intelectual son víctimas de abuso sexual<sup>7</sup>, y que el 56 % de los agresores a personas

2 Scharlock, R.L., Luckasson, R. y Tassé, M.J. (2021). Discapacidad intelectual: definición, diagnóstico, clasificación y sistemas de apoyos (AAIDD, 12ª edición) (M.A. Verdugo y P. Navas, traductores). Hogrefe Tea Ediciones. Pg. 33.

3 Fyson, R. y Cromby, J. (2010). Memory, sexual abuse and the politics of learning disability. En J. Haaken y P.Reavey (Eds.), Memory Matters: contexts for understanding sexual abuse recollections (pp.157-174). Hove: Rotledge. Sullivan, P.M. y Knutson, J. F. (2000). Maltreatment and disabilities: a population based epidemiological study. Child Abuse and Neglect, 24, 1257-1273. Westcott, H. y Jones, P. (1999). Annotation: The Abuse of Disabled Children. Journal of child Psychology & Psychiatry, 40, 497-506

4 Brown, H., Stein, J., y Turk, V. (1995). The sexual abuse of adults with learning disabilities. En R. Bull y D. Carson (Eds.), Handbook of psychology in legal contexts (pp. 247-260). Chichester: John Wiley and Sons.

5 Verdugo, M. A., Alcedo, M. A., Bermejo, B., y Aguado, A. (2002). El abuso sexual a personas con discapacidad intelectual. Psicothema, 14, 124-129.

6 Sobsey D, Gray S, Wells D, Pyper D, Reimer-Heck B. Disability, sexuality, and abuse: An annotated bibliography. Baltimore: Paul H. Brookes 1991

7 Horner-Johnson, W. y Drum, C.E. (2006). Prevalence of maltreatment of people with intellectual disabilities: a review of recent published research. Mental Retardation and Developmental disabilities Research Review, 12, 57-69.

con discapacidad intelectual son cuidadores<sup>8</sup>, siendo tan sólo un porcentaje del 3% de los abusos a personas con discapacidad intelectual revelado<sup>9</sup>.

Por último, destacar que los menores con discapacidad intelectual tienen más del doble de posibilidades de sufrir abuso sexual que un menor sin discapacidad intelectual<sup>10</sup>.

Uno de los motivos principales por los que se producen estas situaciones es debido a la manera que tiene la sociedad en su conjunto de ver a las personas con discapacidad intelectual, atribuyéndoles prejuicios considerados como factores de vulnerabilidad.

Los factores de vulnerabilidad son reflejos de mitos sociales que a todos nos afectan (familias, profesionales, agentes sociales, personas con discapacidad intelectual), y que tienen una causa que hay que describir y conocer.

En primer lugar, podemos describir como **factores de vulnerabilidad contextuales** aquellos que la sociedad asume sobre las personas con discapacidad intelectual, tales como: la existencia de una menor credibilidad “no saben lo que dicen”; mitos sobre la sexualidad; mayor deseabilidad social/asertividad; escasa intimidad, en consecuencia también una mayor exposición corporal, no sólo por la dependencia de las personas a las labores de cuidado, sino también a cómo se hace ese cuidado; dependencia/ sumisión/ sobreprotección; problemas de comunicación; efecto eclipsador de la discapacidad intelectual y patoplastia; escasa formación de los profesionales; angustia ante la hipótesis, y para concluir, sobrecarga de los familiares y profesionales.

En segundo y último lugar, es debido también a los **factores de vulnerabilidad propios de la discapacidad intelectual**, como pueden ser: la deseabilidad social que manifiestan; la asertividad y sumisión; la sobreprotección por miedo al fracaso, entre otros.

Todo ello confluye para determinar que, como indicábamos al inicio, las personas con discapacidad intelectual sean altamente vulnerables a sufrir cualquier tipo de abuso. Con este escenario, tanto las personas con discapacidad intelectual que han sufrido un abuso o un maltrato, como sus familiares, deben enfrentarse

---

8 Curry MA, Renker P, Hughes RB, Robinson-Whelen S, Oswald M, Swank PR, Powers LE. Development of Measures of Abuse Among Women with Disabilities and the Characteristics of Their Perpetrators. *Violence Against Women* 2009; 15(9): 1001-1025.

9 Valenti-Hein D, Schwartz L. *Sexual abuse interview for those with developmental disabilities*. Santa Barbara, CA: James Stanfield Company 1995.

10 Marini Z, Fairbairn L, Zuber R. Peer harassment in individuals with developmental disabilities: Toward the development of a multidimensional bullying identification model. *Developmental Disabilities Bulletin* 2001; 29: 170-195. Vig S, Kaminer R. Maltreatment and Developmental disabilities in children. *Journal of Developmental and Physical Disabilities* 2002; 14(4): 371-386.

además a un doble reto: en primer lugar, deben afrontar las consecuencias emocionales que el abuso o el maltrato ha dejado tras de sí y, en segundo lugar, estas personas a menudo deben enfrentarse a un sistema policial y judicial que no se adecúa a su condición, provocando que su acceso a la justicia sea en condiciones de desigualdad.

**I. Acceso a la justicia y derecho a la tutela judicial efectiva. Los ajustes procedimentales en nuestro ordenamiento jurídico: la figura del facilitador.**

El derecho de acceso a la justicia constituye un principio básico y elemental del Estado de Derecho. Así pues, en materia de derechos humanos, tanto la legislación internacional como europea, ha impuesto a los Estados la obligación de garantizar a todas las personas el derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la tutela de sus derechos. Así pues, el derecho de acceso a la justicia ha sido reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6 junto con el derecho a un recurso efectivo regulado en su artículo 13. Del mismo modo, se encuentra recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 47, en el artículo 2.3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

En materia de discapacidad, tal y como señala DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA. Y. (2022, p.2) el acceso a la justicia se configura, no solo como el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada, sino como el derecho a situarse en un plano de igualdad real con todas las personas en cualquier tipo de procedimiento que tenga por objeto impartir justicia, de manera que su contenido se amplía, tanto objetiva como subjetivamente, ya que engloba tanto la garantía de remoción de cualquier obstáculo que coloque en situación de inferioridad o discriminación a la persona vulnerable, como la garantía de participación en la Administración de Justicia ya sea como demandante, demandado, testigo, víctima, acusado (en sentido amplio y en todas sus tipologías procesales), miembro del jurado o como profesional en materia de justicia<sup>11</sup>.

El artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>12</sup> al contemplar el acceso a la justicia de las personas con

<sup>11</sup> DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA. Y (2022). «El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad». Actualidad Civil, Nº 9, Sección Persona y derechos / A fondo, Septiembre-Septiembre 2022, LA LEY. Pag. 2.

<sup>12</sup> Artículo 13. Acceso a la justicia. «1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la

discapacidad, establece la necesidad de que los Estados se planteen los ajustes en el procedimiento que sean necesarios para garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, así como la necesaria formación del personal que trabaje habitualmente en los servicios de la Administración de Justicia. Según el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>13</sup>, en relación con la mención a los ajustes razonables que establece el artículo 2 de la Convención, no deben confundirse con los ajustes de procedimiento en el contexto del acceso a la justicia, a los que refiere el artículo 13 de la misma, puesto que «no se tendrían en cuenta todos los aspectos que abarca este derecho», puesto que, tal y como concreta, «durante las negociaciones sobre la Convención, el término “razonable” se dejó de lado intencionalmente al formular el artículo 13. Este artículo se refiere a los “ajustes de procedimiento”, que no están limitados por el concepto de “carga desproporcionada o indebida”». Determinando que, esta diferenciación es fundamental pues, el no proporcionar ajustes de procedimiento sería una forma de discriminación por motivos de discapacidad en lo que refiere al derecho de acceso a la justicia.

Es por ello por lo que, en virtud de la no discriminación por motivos de discapacidad<sup>14</sup>, el ordenamiento jurídico español ha realizado las reformas normativas precisas para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, debiendo, en este punto, hacer especial mención a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>15</sup>, la cual,

---

*edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.»*

13 A/HRC/34/26. Párrafo 35. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/406/78/PDF/G1640678.pdf?OpenElement>. [Fecha de consulta 29/06/2023].

14 Consecuencia de la ratificación por España de la CDPCD, a tenor del artículo 96 de la Constitución Española, se reforma el ordenamiento jurídico español, a saber: Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno; Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; Reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

15 Esta Ley, a su vez, modifica: Ley del Notariado; el Código Civil; la Ley Hipotecaria; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; la

supone el reconocimiento al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica como la legitimación para ejercerlos, en base al respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales, y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar la persona con discapacidad en ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

El artículo 7 bis de la Ley 8/202116, a su vez, concreta los ajustes en el procedimiento que se han de dar llevar a cabo, introduciendo la denominación de facilitador como persona experta que «realice tareas de adaptación y ajuste necesarios para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida».

Pues bien, en el año 2011, con el objetivo de responder a la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad intelectual a ser víctimas de abusos y a ser revictimizadas tras la revelación del mismo, se creó la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual (UAVDI), gracias a la colaboración de la Sección de Análisis del Comportamiento Delictivo de la Guardia Civil. Se trata de un recurso pionero en España por su especialización en la atención integral de casos de abuso y maltrato a personas con discapacidad intelectual. Ya desde sus inicios se proponía un nuevo modelo de intervención metodológica con las víctimas tanto a nivel terapéutico como policial y judicial, destacando en este último la introducción de la figura del facilitador.

La experiencia obtenida tras los más de diez años de trabajo por y para las personas con discapacidad intelectual desde la UAVDI, ha permitido definir la figura del facilitador como: un **profesional de la psicología independiente**

---

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y, finalmente, el Código de Comercio.

16 Artículo 7 bis. Ajustes para personas con discapacidad.

«1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender; lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.»

**y neutral, experto en discapacidad intelectual y psicología forense** (y especialmente en la rama de psicología del testimonio), cuyo fin es evaluar las capacidades y limitaciones de las personas con discapacidad intelectual participantes en procedimientos judiciales, a fin de diseñar e implementar los apoyos y ajustes de procedimiento necesarios para que puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones que el resto de personas, tal y como establece el artículo 13 de la CDPCD.

El facilitador, en consecuencia, debe contar con una formación específica que le habilite para desarrollar las funciones reservadas a este perfil profesional, que son las siguientes:

- **Aplicar herramientas y escalas de evaluación de capacidades que afectan al testimonio de la persona con discapacidad intelectual.** Mediante la aplicación de estos instrumentos, el facilitador evalúa las capacidades y limitaciones de la persona con discapacidad intelectual, a fin de diseñar e implementar los apoyos y ajustes de procedimientos necesarios para que ésta pueda participar en el proceso con todas las garantías.
- **Adaptar las explicaciones previas acerca del papel de la persona con discapacidad intelectual en el proceso.** En función de las limitaciones detectadas, el facilitador adecúa a la capacidad de la persona las explicaciones previas sobre procedimiento, así como sobre el contenido, lugar y personas presentes durante sus intervenciones, a fin de garantizar su derecho a comprender el proceso, así como el resto de sus obligaciones y derechos durante el mismo.
- **Asesorar a los operadores jurídicos.** Una vez realizada la evaluación de capacidades que afectan al testimonio, el facilitador elabora un informe en el que se refieren tanto las limitaciones detectadas como los apoyos diseñados. Dicho informe se aporta desde el inicio del procedimiento (incluso en fases previas al mismo, p. ej.: en el orden jurisdiccional penal, en la denuncia), y el facilitador complementa su contenido con un asesoramiento detallado acerca de la mejor forma de practicar las pruebas –especialmente las testificales – en función de los resultados de la evaluación de capacidades.
- **Asistir a la persona en las diligencias de prueba.** A fin de adaptar el contenido y desarrollo de las diligencias de prueba a las limitaciones y capacidades de la persona con discapacidad intelectual, el facilitador le asiste durante la práctica de las mismas, interviniendo cuanto fuera necesario siempre de una forma neutral e independiente (p. ej.: adaptando las preguntas que le sean formuladas por las partes a su capacidad de comprensión). Es

especialmente relevante la intervención del facilitador en diligencias de prueba complejas, como la conducción de la prueba preconstituida en los procesos penales.

- **Adaptar las pruebas periciales.** En aquellas ocasiones en las que se practique algún tipo de prueba pericial sobre aspectos de la persona que puedan guardar relación con la discapacidad intelectual (p. ej.: pruebas psicológicas forenses), el facilitador, en cuanto que experto en discapacidad intelectual, participa activamente en la práctica de dichas pruebas periciales, ya sea realizándolas directamente, ya a los peritos designados a tal efecto.
- **Adaptar las resoluciones judiciales.** Durante todo el procedimiento se generan una serie de documentos que se notifican directamente a la persona con discapacidad intelectual (p. ej: hojas de derechos, citaciones, resoluciones, etc.). El facilitador se encarga de adaptar el contenido de esta documentación a las capacidades de la persona a fin de facilitar su comprensión y garantizar sus derechos.

La intervención del facilitador en un procedimiento judicial, o incluso con carácter previo al inicio del mismo, puede ser solicitada por cualquiera de las partes implicadas en el proceso y, en particular: por la propia persona con discapacidad intelectual (o sus representantes legales, en su caso), por el Juzgado o Tribunal que conoce del asunto, por el Ministerio Fiscal, por los letrados personados en la causa, por los profesionales de las clínicas médico forenses y de los equipos psicosociales adscritos a los órganos jurisdiccionales, y por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otros cuerpos policiales. De hecho, la figura del facilitador y su participación en los procedimientos judiciales asistiendo a personas con discapacidad intelectual está avalada por sendos convenios firmados por la Fundación A LA PAR con la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior y con el Consejo General del Poder Judicial.

El proyecto de la UAVDI, ahora Unidad de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual, pretende, a través de la figura del facilitador, adaptar el paso de las personas con discapacidad intelectual por los sistemas policial y judicial. Su intervención contribuye a un acceso a la justicia de estas personas más efectivo, ya que permite que los procedimientos se adecúen a las limitaciones y capacidades de cada una de las personas con discapacidad intelectual que participan en ellos.

Además, se hace preciso destacar que, el proyecto de la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Intelectual consta de tres grandes áreas

de actuación: intervención, investigación y prevención y sensibilización.

- El área de intervención, en sus orígenes, tenía como objetivo dotar a las víctimas con discapacidad intelectual y a sus familiares de una atención integral que promoviera su bienestar emocional y el respeto de los derechos que les ampara la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para conseguirlo, esta atención consta a su vez de cuatro dimensiones: un proceso psicoterapéutico a nivel individual y/o familiar; asesoramiento jurídico especializado y adaptado antes, durante y después del procedimiento judicial; la gestión de un dispositivo de acogida temporal para mujeres con discapacidad intelectual víctimas de violencia; y la intervención de la figura del facilitador. En la actualidad, la asistencia del facilitador no se ciñe sólo a víctimas, sino que se ha extendido a todas las personas con discapacidad intelectual en cualquier procedimiento judicial.
- En segundo lugar, la **investigación** de la Unidad va orientada a diseñar las herramientas necesarias que contribuyan a adaptar la intervención con personas con discapacidad intelectual a las necesidades que puedan presentar en contextos forenses, judiciales y clínicos; así como a difundirlas una vez desarrolladas en todo tipo de foros, tanto académicos como técnicos, para crear sinergias y extender su utilización.
- Por último, las **actividades de prevención y sensibilización** tienen el doble objetivo, por un lado, de concienciar a la sociedad en general y a los profesionales implicados en particular de que la vulnerabilidad de las personas con discapacidad intelectual a sufrir abusos es una realidad y de que su acceso a la justicia requiere de la implementación de ajustes de procedimiento; así como de erradicar o, al menos, disminuir dicha vulnerabilidad, atacando la raíz del problema. Para la consecución de ambos fines la UAVDI desarrolla las siguientes acciones: emprende campañas de sensibilización en medios de comunicación y ruedas de prensa, cuenta con una página web informativa, imparte formaciones a profesionales del ámbito de la discapacidad intelectual y la administración de Justicia en materia de intervención con personas con discapacidad intelectual, y ofrece talleres de prevención del abuso a personas con discapacidad intelectual y sus familias en lo que se refiere a prevención y detección del abuso<sup>17</sup>.

---

17 VARIOS AUTORES. (2023) Memoria Unidad Víctimas con Discapacidad Intelectual 2011- 2022. Fundación A LA PAR. Disponible en: <https://alapar.org/wp-content/uploads/2023/06/memoria-UAVDI-2022.pdf> Pág. 11. [Fecha de consulta 29/06/2023].

### Conclusión

Desde el año 2011, están siendo atendidos por la UAVDI más de 1.800 casos, en los cuales el facilitador ha intervenido en 621 procedimientos judiciales asistiendo a víctimas con discapacidad intelectual<sup>18</sup>. También, se ha ampliado el servicio de asistencia del facilitador a todo tipo de perfiles de personas con discapacidad intelectual en procedimientos judiciales, atendiendo el equipo de facilitadores a personas investigadas y/o encausadas con discapacidad intelectual en procedimientos penales, así como a la asistencia en procedimiento de carácter civil.

Los datos del estado judicial de dichos procedimientos, en comparación con aquellos derivados a la Unidad que fueron denunciados, **pero en los que no ha participado el facilitador**, han podido demostrar que, el impacto de la intervención del facilitador es especialmente significativo si se comparan el porcentaje de casos sobreseídos cuando no ha intervenido el facilitador, que suponen el 42% por ciento del total, frente al 10% que suponen los casos sobreseídos cuando el facilitador ha asistido a la víctima en alguna fase del procedimiento.

A su vez, si excluimos aquellos casos que todavía se hallan en instrucción, y por tanto no es posible saber si serán sobreseídos o pasarán a la fase de juicio oral, hasta dos tercios de los casos en los que no ha intervenido la figura del facilitador son sobreseídos, en contraposición con sólo un 19% de los casos que son sobreseídos y en los que sí ha participado un profesional desempeñando la labor de facilitador.

También, debemos destacar que, en estos años de funcionamiento, los facilitadores de la UAVDI han emitido más de 600 informes, entre informes de evaluación de capacidades que afectan al testimonio y otros informes periciales (valoración de testimonio, capacidad de consentir relaciones sexuales, etc.); han realizado más de 800 asistencias e intervenciones con víctimas en procedimientos judiciales, de las cuales 75 han consistido en la conducción de la prueba preconstituida; y han adaptado un total de 33 resoluciones judiciales –estas últimas sólo en los tres últimos años– entre sentencias y autos de sobreseimiento y adopción de medidas cautelares<sup>19</sup>.

Por último, cabe destacar que, la experiencia ha demostrado que la figura del

---

18 Como sentencias más recientes, podemos señalar: SAP de Zaragoza 239/2022, de 18 de julio de 2022; SAP de Madrid 223/2022, de 23 de marzo de 2022; SAP de Madrid 238/2021, de 6 de mayo de 2021; SAP de Madrid 340/2020, de 13 de julio de 2020.

19 VARIOS AUTORES. (2023) Memoria Unidad Víctimas con Discapacidad Intelectual 2011- 2022. Fundación A LA PAR., *op. cit.*, Pág. 12 a 14.

facilitador es uno de los principales y más efectivos apoyos para las personas con discapacidad intelectual en su paso por el sistema judicial, y ha logrado el reconocimiento de todos los profesionales, organismos y administraciones públicas implicadas.

No obstante, queda un largo camino por recorrer, pues las recientes reformas legislativas en materia civil y procesal, que recogen ya expresamente la idoneidad del facilitador como ajuste de procedimiento básico y transversal para las personas con discapacidad intelectual, extenderá la asistencia de este profesional a cualquier persona con discapacidad intelectual que participe en un procedimiento judicial, sea cual sea el orden jurisdiccional en el que se desarrolle, y sea cual sea su papel en el mismo. Por tanto, esta vocación de universalizar el facilitador requerirá, como ha venido siendo hasta ahora, de la máxima cooperación y sensibilidad de los profesionales y los poderes públicos responsables.

## Bibliografía

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE-A-2008-6963, de 21 de abril.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA. Y (2022). «*El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad*». Actualidad Civil, Nº 9, Sección Persona y derechos / A fondo, Septiembre-Septiembre 2022, LA LEY.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A/HRC/34/26.

VARIOS AUTORES. (2023) Memoria Unidad Víctimas con Discapacidad Intelectual 2011- 2022. Fundación A LA PAR.

# LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL (y II).

DELIA GHIURCA GRUITA  
ABOGADA ICAB

## INDICE( y II)

### 4.- Fase de Investigación: D. Previas

(.../...)

4.6.- Pluralidad estructural de acusaciones

4.7.- Diligencias (singulares) de instrucción:

4.7.1.- Derecho a no inculparse y aportación de documentos.

4.7.2.- Supuestos de testigo o Abogado luego investigado.

4.7.3.- Pericial: Intervención de funcionarios de la Seguridad Social como peritos o testigos-peritos.

4.7.4.- Diligencia de Entrada y Registro: Objeto. Consentimiento. Caso concreto de registro en Despachos de Abogados

4.8.- Auxilio Judicial Internacional

4.9.- Procedimiento dirigido contra personas jurídicas

4.10.- Aseguramiento de responsabilidades civiles

### 5.- Regularización y reparación del daño

### 6.- Cómputo e interrupción de la prescripción

### 7.- Fase intermedia: Procedimiento abreviado

### 8.- Bibliografía complementaria

En el anterior número de esta Revista publicamos la primera parte de este estudio, que por razón de su extensión continuamos en el presente en el punto en que terminó aquel.

#### 4.6.- Pluralidad estructural de acusaciones

Ciertamente, la pluralidad de acusaciones concurrentes en este tipo de delitos es una de sus características propias, pues de ordinario confluirán las acusaciones, pública -ejercitada por el Ministerio Fiscal según el Art. 105 LECRIM-, particular -ejercitada por cualquiera de las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades de naturaleza pública, que conforme a la ley integran la

Administración de la Seguridad Social ex Arts. 109 LECRIM, 21 RDL 8/2015 <sup>1</sup>y 551 LOPJ<sup>2</sup> -, eventualmente, popular ex Art. 125 CE , 19 LOPJ y 113 LECRIM - con aplicación de lo dispuesto en la STC 154/1197 respecto de una única representación y defensa técnica si son varias-, a lo que hay que añadir la actuación de oficio del Juez de Instrucción.

#### 4.7.- Diligencias (singulares) de instrucción:

Más allá de la remisión a la LECRIM en cuanto a la práctica de las diligencias de instrucción a que haya lugar, la experiencia demuestra la recurrencia de la práctica de determinadas diligencias con específicas problemáticas, que por ello conviene abordar, señalando como tales:

##### 4.7.1.- Derecho a no inculparse y aportación de documentos

De manera general en cualquier caso por delito, puede darse el caso de que se requiera al acusado la aportación de documentación capaz de inculmarle. La solución a ello es la misma que para cualquier otro delito y es el amparo de la negativa del acusado a aportarla en ejercicio de su derecho constitucional a no inculparse, citando por todas la STC 161/1997 en cuanto a la obligación del investigado de colaborar con el órgano judicial y su derecho a no inculparse<sup>3</sup>,

###### 1 Artículo 21.

1. La Tesorería General de la Seguridad Social, como caja única del sistema de la Seguridad Social, llevará a efecto la gestión liquidatoria y recaudatoria de los recursos de esta, así como de los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la Seguridad Social, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva, bajo la dirección y tutela del Estado.

2. El ejercicio de la función liquidatoria se efectuará sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas sobre la materia la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, respecto a determinados recursos distintos a cuotas, otros organismos u órganos administrativos.

###### 2 Artículo 551

1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre , de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo.

*La representación y defensa de las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades de naturaleza pública, que conforme a la ley integran la Administración de la Seguridad Social, sin incluir, en consecuencia, la de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, integrados en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, tales funciones puedan ser encomendadas a Abogado colegiado especialmente designado al efecto.*

3 Según dicha STC, este derecho comprende:

Interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo,

- La compulsión a la aportación de elementos de prueba que puedan tener valor inculminatorio contra el compelido, comprende solamente las aportaciones que puedan tener contenido directamente inculminatorio,
- No alcanza a integrar un derecho que permita sustraerse a las diligencias de prevención, indagación o de prueba

y que la STS 154/2016 extiende amparando a las personas jurídicas de igual forma que lo hace a las personas físicas.

La cuestión se planteará normalmente respecto de la documentación eventualmente aportada en la fase preprocesal o administrativa en sentido estricto y que unida al expediente administrativo es remitida al órgano penal, al amparo de lo dispuesto en el Arts. 18 de la Ley 23/2015 <sup>4</sup>que establece la obligación de colaborar con la Inspección Laboral bajo amenaza de sanción.

En este punto conviene tener presente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación- ha señalado que el derecho a no inculparse forma parte del núcleo de la noción de proceso justo. Derecho que presupone que las autoridades han de probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada, proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades -cif. SSTEDHU 3.5.2001, 8.2.1996, 20.10.1997-, señalando la estrecha vinculación de este derecho con la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio. Concretamente, en la STEDH de 17.12.1996, caso Saunders c. Reino Unido, el Tribunal anuló las condenas impuestas al Sr. Saunders con

---

*que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas.*

#### **4 Artículo 18.**

1. Los empresarios, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden social, están obligados cuando sean requeridos:

*a) A atender debidamente a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y a los Subinspectores Laborales.*

*b) A acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo.*

*c) A colaborar con ellos con ocasión de visitas u otras actuaciones inspectoras.*

d) A declarar ante el funcionario actuante sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras, así como a facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones. Quienes representen a los sujetos inspeccionados deberán acreditar documentalmente tal condición si la actuación se produjese fuera del domicilio o centro de trabajo visitado.

2. Toda persona natural o jurídica estará obligada a proporcionar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social toda clase de datos, antecedentes o información con trascendencia en los cometidos inspectores, siempre que se deduzcan de sus relaciones económicas, profesionales, empresariales o financieras con terceros sujetos a la acción inspectora, cuando a ello sea requerida en forma. Tal obligación alcanza a las entidades colaboradoras de los órganos de recaudación de la Seguridad Social y a las depositarias de dinero en efectivo o de fondos en cuanto a la identificación de pagos realizados con cargo a las cuentas que pueda tener en dicha entidad la persona que se señale en el correspondiente requerimiento, sin que puedan ampararse en el secreto bancario. La obligación de los profesionales de facilitar información no alcanza a aquellos datos confidenciales a que hubieran accedido por su prestación de servicios de asesoramiento y defensa o con ocasión de prestaciones o atenciones sanitarias, salvo conformidad previa y expresa de los interesados. El incumplimiento de estos requerimientos se considerará como infracción por obstrucción conforme al texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Reglamentariamente se determinará la forma y requisitos aplicables a los referidos requerimientos.

apoyo en las declaraciones que éste formuló bajo coacción en el curso de un procedimiento administrativo, en particular, el seguido por los Inspectores de Comercio e Industria británicos.

Sin embargo, la Jurisprudencia española ha sido mucho más tibia con la cuestión. Así, la STC 18/2005, en un supuesto de amparo solicitado tras condena por un delito contra la Hacienda Pública a partir de la documentación aportada en requerimientos preprocesales y que entendemos extrapolable al estudiado, lo denegó bajo el argumento de que dichos requerimientos se habían efectuado a la mercantil de la que el penado era administrador, pero no a este como persona física, eludiendo cualquier mención a que hubiere ocurrido si los requerimientos hubieran sido practicados directamente a la persona física. Por su parte, la STS 4.3.20014 señaló que la garantía de la no autoincriminación del art. 24.2 CE no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas, ya que la configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva.

#### 4.7.2.- Supuestos de testigos o Abogados luego investigados

Las especiales características de este delito comporta con más frecuencia que en otros ilícitos penales los supuestos en los que iniciales testigos o abogados defensores pasan luego a tener la consideración de investigados. Al respecto son ejemplares las SSTS 2.10.2017 y 12.7.2018 que, partiendo de la inicial dificultad de predicción sobre si una concreta persona va resultar posteriormente inculpada en un procedimiento por delito, señalan que si implicación resulta de su propia declaración como testigo, debe procederse a su suspensión y posterior citación para que comparezca como investigado, con asistencia letrada y con lectura de derechos ex art. 520 LECRIM. Pero si ya hubiera prestado declaración como testigo y luego asume la condición de investigado, procederá la toma de nueva declaración como tal y la imposibilidad de ser tenida en cuenta la anteriormente prestada, salvo si se trató de una comparecencia voluntaria dando cuenta de la intervención de otras personas y/o aportando medios de prueba objetivables.

### **4.7.3.- Intervención en el proceso penal de funcionarios de la Seguridad Social como peritos o peritos/testigos.**

Al hilo de la prueba pericial en este tipo de delitos, es práctica habitual<sup>5</sup> que funcionarios de la Seguridad Social actuantes en la fase preprocesal - inspectora, de comprobación, ...- sean llamados al proceso en concepto de peritos o en ocasiones, con carácter mixto, como testigo-peritos, normalmente ratificando sus informes y emitiendo opiniones sobre los hechos enjuiciados y los datos que obran en la causa.

Recordando la distinción obligada entre pericial - prueba-, actas - documentos públicos que surtirán el efecto probatorio que les corresponda según se ha visto-, e informes - documentos oficiales emitidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su función, dentro de sus atribuciones competenciales, con valor de simple denuncia, salvo ratificación y contradicción en el plenario-, el peligro de dicha práctica es evidente y consiste en lo que se ha llamado previo enjuiciamiento, con el resultado del traslado al auto de acomodación a procedimiento abreviado, al de apertura de juicio oral o la sentencia de forma mimética o más disimulada de dicho testimonio/pericial, mediante la aportación por el perito de conocimientos jurídicos que como regla general deberían quedar al margen de la prueba, y de opiniones, también jurídicas, sobre la forma de interpretar o aplicar determinados preceptos, invadiendo o concurriendo con la tarea judicial.

Admitida con generalidad, la Jurisprudencia -cif. SSTS 182/2014, 486/2015, 5.10.2015 y con alguna reserva, la STS 29.5.2009- no ha considerado que implique merma de derechos del investigado al presumir la imparcialidad de los peritos y estar prevista la posibilidad de recusación de dichos peritos funcionarios públicos.

### **4.7.4.- Diligencia de Entrada y Registro: Objeto. Consentimiento. Caso concreto de registro en despachos de Abogados.**

Aun no siendo una diligencia especialmente utilizada en las instrucciones por delito social - normalmente los trámites ante la Seguridad Social dilatan el tiempo entre impagos y procedimiento y hacen que no tenga demasiado sentido- en ocasiones se ha recurrido a la misma, siendo aplicable lo dispuesto

---

<sup>5</sup> Así, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social ordenó al Gobierno, en su Disposición final sexta, la creación en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor la creación, en el seno de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de una Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que dependería orgánica y funcionalmente de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

en el Art.18.2 CE y Arts. 545 y ss. y 520 LECRIM – difícilmente en supuestos de flagrancia, y por tanto con consentimiento del investigado o con autorización judicial-. Cabe la posibilidad de que se diera en la fase preprocesal, ya que el Art. 13 de la Ley 23/2015, si bien no contempla propiamente una diligencia de entrada y registro, contempla una situación similar en la práctica<sup>6</sup>, en todo caso con algunas especialidades en cuanto al domicilio de las personas jurídicas.

Una es la consideración del domicilio aludido en la Constitución en el caso del domicilio de personas jurídicas, que la STC 69/1999 resuelve afirmativamente la cuestión señalando que son domicilios los espacios físicos que son indispensables para desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma, y/o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros. Inversamente, no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público, la zona de un establecimiento, empresa,

#### **6. Artículo 13.**

En el ejercicio de sus funciones, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública y están autorizados para:

1. Entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

3. Practicar cualquier diligencia de investigación, examen, reconstrucción o prueba que consideren necesario para realizar la función prevista en el artículo 12.1 y, en particular, para:

a) Requerir información, sólo o ante testigos, al empresario o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, así como a exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado.

b) Exigir la comparecencia del empresario o de sus representantes y encargados, de los trabajadores, de los perceptores o solicitantes de prestaciones sociales y de cualesquiera sujetos incluidos en su ámbito de actuación, en el centro inspeccionado o en las oficinas públicas designadas por el inspector actuante.

c) Examinar en el centro o lugar de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, tales como: libros, registros, incluidos los programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y contabilidad; documentos de inscripción, afiliación, alta, baja, justificantes del abono de cuotas o prestaciones de Seguridad Social; documentos justificativos de retribuciones; documentos exigidos en la normativa de prevención de riesgos laborales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección. El inspector está facultado para requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas correspondientes.

Cuando los libros, registros, documentos o información que el obligado deba conservar en relación con el cumplimiento de las obligaciones, propias o de terceros, establecidas en las normas del orden social, así como cualquier otro dato, informe, antecedente o justificante con trascendencia para la función inspectora, se conserven en soporte electrónico, deberá suministrarse en dicho soporte y en formato tratable, legible y compatible con los de uso generalizado en el momento en que se realice la actuación inspectora, cuando así fuese requerido.

d) Tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al empresario o a su representante y obtener copias y extractos de los documentos a que se refiere el apartado 3.c).

4. Adoptar, en cualquier momento del desarrollo de las actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas a su fin, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación mencionada en el apartado anterior, siempre que no cause perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique violación de derechos.

5. Proceder, en su caso, en cualquiera de las formas a que se refiere el artículo 22.

etc., donde se lleve a cabo una actividad laboral o comercial, estando abierta al público, o no, y las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales, o los almacenes, tiendas, depósitos, fábricas, talleres, naves industriales, bares, etc.

Relacionado con el anterior surge la cuestión de quien tiene la facultad para otorgar válidamente el consentimiento para que la Inspección entre y registre el domicilio de la persona jurídica, que según la STC 10.2.2003 recae en quien en dicho momento ostente la representación legal de la mercantil, o ejerza labores de dirección o administración de la misma, con efectiva intervención en las decisiones de la empresa.

Consentimiento del que la Jurisprudencia aboga por una interpretación restrictiva, en el sentido de que ha de ser voluntario, libre y expreso, no tácito ni presunto o implícito, ni, por supuesto, condicionado, inducido o precedido de sugestionabilidad alguna, debiendo prevalecer la regla del dubio pro libertatis y sin que sea el obligado quien tenga que probar que no otorgó el consentimiento, sino la Administración probar que el consentimiento fue prestado válidamente, pudiendo el obligado otorgar un consentimiento a la entrada o registro domiciliario limitado o condicionado - cif. STC 10.2.2003-.

Por lo que respecta a la entrada y registro en despachos profesionales -letrados, asesores, gestores,..- antes de la STC 69/1999, el Tribunal Supremo no consideraba domicilio constitucionalmente protegido a los despachos profesionales de abogados (STS 27.6.1994), ni las gestorías ni las oficinas abiertas al público de una empresa dedicada al asesoramiento jurídico de titularidad de una persona física (STS 6.7.1995) variando dicha concepción desde la indicada sentencia. Esto no obstante, ni la LECRIM ni la legislación social contienen previsiones específicas para esta casuística y el eventual compromiso para el secreto profesional. La más reciente STS 5.12.2012, reparando en el problema, señaló que una entrada y registro en un despacho profesional puede afectar el derecho a no declarar, porque el imputado, solo con finalidad de orientar su defensa, puede trasladar al letrado aspectos de su conducta, hasta llegar incluso al reconocimiento del hecho, que puedan resultar relevantes en relación con la investigación, el derecho al secreto profesional, como derecho del letrado a no revelar los datos obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa, y el derecho a la intimidad, pues es probable que los clientes trasladen al abogado cuestiones, observaciones o preocupaciones que excedan del derecho de defensa para residenciarse más correctamente en el ámbito de la privacidad, que solo puede ser invadido por el poder público con una razón suficiente, de ahí que la sentencia concluya que se está ante una medida que reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial

que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado – o profesional- ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales. El TEDH – STEDH Niemietz contra Alemania de 16.9.1992- señaló a su vez que la entrada y registro en un despacho de abogados, debe ir acompañada de garantías especiales en el procedimiento, basándolas en la presencia de un observador independiente, lo que enlaza con la previsión contenida en el Art. 32.2 del RD 658/2.001, de 22 de junio (EGAE)<sup>7</sup>.

Finalmente, debe contemplarse el supuesto de entrada para el registro de equipos de almacenamiento masivo, previsto desde la última reforma de la LECRIM operada por LO 13/2015 en sus Arts. 588 sexies a) y ss., de los que resulta que el título legitimante de la injerencia en las unidades de almacenamiento masivo ya no viene dado sin más por el auto que autoriza la entrada y registro en el domicilio en el que pueda hallarse dicha unidad, exigiéndose una motivación ad hoc, que establezca las razones de la injerencia e identifique el juicio de proporcionalidad que la sustenta, resolución que conforme al Art. 588 sexies c) LECRIM fijará los términos y alcance del registro, la realización de copias de los datos informáticos y las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial. Relacionado con ello aparece la cuestión de la cadena de custodia de la información obtenida, Doctrina y Jurisprudencia definen como el deber de asegurar y documentar la regularidad de la cadena de custodia de los elementos probatorios intervenidos para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. Por ello, el quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por los Tribunales a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba. Especialmente, la infracción de la cadena de custodia afecta especialmente a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y en concreto en el caso que nos ocupa, al registro de equipos de almacenamiento masivo visto supra, siendo fundamental garantizar la integridad de los datos obtenidos, por su fácil manipulación y alteración. Ello ha sido objeto de interés comunitario en los mismos productos normativos y jurisprudenciales citados, que se dan por reproducidos.

*In fine*, la preocupación comunitaria por la cuestión de los registros en despachos profesionales, ha dado lugar a la promulgación de un Protocolo de buenas prácticas en los registros de empresas y accesos a material informático,

---

<sup>7</sup> Art. 32.2:

Si el Decano de un colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.

por parte de la Comisión Europea al amparo de los artículos 101 y 102 del TFUE y a diversos pronunciamientos de la Justicia comunitaria <sup>8</sup>.

### **4.8.- Auxilio penal internacional**

Entra dentro de lo posible -de hecho, cada vez más en la práctica forense por la evolución de la vida económica- que durante la fase de instrucción haya que recurrir al auxilio penal internacional, por precisarse en la instrucción de la causa de la cooperación de otro Estado.

Sincréticamente, atendidos la extensión del epígrafe y centrados en la cooperación jurisdiccional internacional penal en el ámbito del delito estudiado, el régimen jurídico de dicha cooperación lo encontramos en los Arts. 276 a 278 LOPJ – sin olvidar el Art. 94 CE-, la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (cooperación pasiva ámbito UE<sup>9</sup>), la Ley de Extradición Pasiva 4/1985 y las disposiciones de la LECRIM (Arts. 824 – 833), que en definitiva remiten como primera fuente a los convenios que se puedan concertar, siendo estos numerosos, como se ha dicho bilaterales o plurilaterales, accesibles en su caso a través de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia. Residualmente, existe un ámbito no convencional que atiende como principio rector al de reciprocidad (Arts. 824 a 633 LECRIM-).

Los convenios suelen clasificarse desde dos criterios, objetivo y territorial. Desde el punto de vista objetivo, la distinción básica es que regulen la entrega de personas o la realización trámites procesales, y desde el punto de vista territorial acostumbra a distinguirse entre convenios de ámbito UE<sup>10</sup> y de ámbito no UE, que en su vertiente práctica se entrecruzan.

Así, entre los convenios de ámbito UE destacan:

- Orden Europea de Detención y entrega de , establecida en la Decisión Marco

---

<sup>8</sup> Citándose entre ellas:

• *Conclusiones del Abogado General en el asunto C-419/14 (parágrafos 110 y ss.); STJUE, caso Nemzeti Adó, de 17 de diciembre de 2015;*

*Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2012 (parágrafos 118 y ss); –SSTEDH, caso Vinci Construction et GTM Genie Civil et Services c. Francia, de 2 de abril de 2015, y caso Sérvulo & Associados. Sociedade de Advogados c. Portugal, de 3 de septiembre de 2015–.*

<sup>9</sup> *El 2 de julio de 2018 entró en vigor la reforma operada en la ley 23/14 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que regula en su título X la orden europea de investigación. Resumidamente, la OEI es un nuevo instrumento para el reconocimiento mutuo aplicable la Unión Europea (a excepción de Dinamarca e Irlanda) y viene a sustituir a las tradicionales comisiones rogatorias en materia de medidas de investigación y obtención de prueba transfronteriza..*

<sup>10</sup> *En puridad no son convenios, sino normativa comunitaria luego transpuesta por los Estados, pero en la práctica el funcionamiento es similar a los Convenios, y la vista de su coexistencia con Convenio strictu sensu, continuamos utilizando esta terminología.*

2002/584/JAI y desarrollada por la Ley 23/2014, que incluye como causa de entrega la comisión de delitos contra la Seguridad Social -definidos como fraudes en el Art. 2.2 DM-.

- Convenio de asistencia judicial en materia penal UE , Bruselas, 29 de mayo de 2000, complementado sobre información bancaria por el Protocolo de Luxemburgo de 16 de octubre de 2001 (que no permite denegar la asistencia invocando el secreto bancario ni alegando el carácter político del delito o por el hecho de que la solicitud se refiera a infracciones que en el Estado requerido se consideren infracciones administrativas), que puede consistir en la mera información sobre titularidad de cuentas, sobre los movimientos bancarios o incluso en el control o monitorización de las transacciones bancarias realizadas
- Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997.
- Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, 8.11.1990,
- Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 (ratificado por España por Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre)

En el ámbito convencional no UE, deben destacarse el

- Convenio Europeo de Extradición , hecho en París el 13.12.1957 y que hoy día incluye a Andorra.

Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, Estrasburgo, 20 de abril de 1959, complementado por un Protocolo Adicional (17.3.1978) y por un segundo Protocolo Adicional (8.11.2001, dirigido, fundamentalmente, a la lucha contra el blanqueo y la corrupción y que suprime, en ciertos casos, la doble incriminación y el carácter político o fiscal del delito como motivo de denegación de la asistencia judicial

- Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15.9.1972, (ratificado por España el 24.6.1988), para perseguir con arreglo a la propia legislación penal de un Estado cualquier infracción a la que sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante,
- Convenios de extradición suscritos por España con diferentes países: USA el 29.5.1979, -ahora convenio USA/UE desde 25.6.2003-, o Marruecos de

24.6.2009-....

En ese mismo ámbito convencional no UE, proyectado en el ámbito latinoamericano:

- Protocolo Facultativo, Managua, 1.7.1993.
- Convención interamericana contra la Corrupción, Caracas, 29.3.1992.
- Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales (Ciudad de Guatemala, 29.10.1993);
- Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos penales (Potrero de Funes, 25.6.1996);

### 4.9.- Procedimiento dirigido contra personas jurídicas

Ya se trató supra de la posibilidad de que personas jurídicas sean responsables de este tipo de delitos, lo cual tiene una evidente vertiente procesal, tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, debiéndose mencionar en la fase de instrucción las especialidades contenidas en los Arts. 119<sup>11</sup>, 775<sup>12</sup>, 409 bis<sup>13</sup>, 786 bis<sup>14</sup> y 839 bis<sup>15</sup> LECRIM, bajo la idea rectora de que la persona jurídica es

---

11 Art. 119 Lecrim.

*La persona jurídica deberá nombrar una persona que la represente con poder especial para ello, al margen del abogado y el procurador. (Posibilidad de que la representación especial en la fase de investigación y en el juicio oral pueda ser desempeñada por quien soporta la imputación, a falta de prohibición expresa).*

12 Art. 775 Lecrim.

*En la comparecencia del artículo 775 Lecrim. (procedimiento abreviado) deberá designarse a dicho representante, entendiéndose la lectura de derechos y la información de los hechos objeto de la denuncia o querrela con el abogado en caso de que no fuere designado representante especial.*

13 Artículo 409 bis. *Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.*

14 Artículo 786 bis.

1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta.

15 Artículo 839 bis.

titular del derecho a la presunción de inocencia como cualquier persona física, lo que comporta la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad objetiva y la necesidad de una completa investigación formal y material del hecho controvertido.

#### 4.10.- Aseguramiento de responsabilidades pecuniarias

La previsión contenida en el Art. 109 CP según la cual la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios causados, determina que como en cualquier otro procedimiento puedan y/o deban adoptarse a lo largo de la instrucción medidas cautelares, entendidas de manera sencilla como aquel conjunto de instrumentos jurídicos que pueden ser empleados en el marco del proceso penal para garantizar la viabilidad del enjuiciamiento y la efectividad del pronunciamiento final del mismo.

Convencionalmente divididas entre personales y reales, son sus requisitos comunes el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro por la mora procesal.

Las medidas cautelares personales no revisten en el caso especialidades respecto de las aplicables a otros delitos, y tampoco las reales en términos procesales, que son las previstas de manera general para cualquier delito en los Arts. 589<sup>16</sup>, 764<sup>17</sup>, 783.2<sup>18</sup> y colateralmente, 990<sup>19</sup> LECRIM, y tratándose de personas

---

*Requisitoria únicamente cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.*

La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

##### 16 Art. 589:

Desde que resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para asegurar dichas responsabilidades si no se prestare la fianza exigida, resolviéndose al acordar el Juez de Instrucción la apertura del juicio oral sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con la persona acusada como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare la persona acusada en el plazo que se le señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieran sido acusados.

##### 17 Art. 764,1:

Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada

##### 18 Art. 783.2: 2.

*Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieran sido acusados.*

##### 19 Art. 990 :

jurídicas, las previstas en los Arts. 544 quáter <sup>20</sup> LECRIM y 33.7 <sup>21</sup> CP.

Al hilo de esta sede deba atenderse a la cuestión, contemplada en el Art. 307.4 CP de que existan en paralelo actuaciones asegurativas en sede judicial y actuaciones recaudatorias en vía administrativa, al rezar dicho precepto “...la existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal...”.

Resulta de ello que la tramitación del proceso penal no paraliza la acción de cobro de la administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, disponga otra cosa en los términos citados en el Art. 307 CP. Y ello tanto sean deudas ex Arts. 307 y 307 bis como reintegros ex Art. 307 ter CP, sin otra limitación que la liquidación administrativa se ajuste, in fine, a lo resuelto en el proceso penal -lo que puede suponer riesgos evidentes de resultados contradictorios entre ambos procedimientos que se rigen por principios distintos y con diferentes mecanismos de investigación-.

Especialidades ciertamente más limitadas que las previstas para el delito fiscal, por cuanto la previsiones de la LO 7/2012 de reforma del Código Penal en la materia que nos ocupa no vinieron acompañadas en el ámbito de los delitos contra la Seguridad Social de las previsiones contenidas para aquellos en la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT 58/2003 añadió un nuevo Título VI a su articulado, bajo el título “ Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública” y mediante su Disposición Final 1ª unos nuevos Art. 614 bis y Título X bis en la LECRIM, bajo la rúbrica, este último, “De las especialidades en los delitos

---

*Órganos de recaudación de la Administración tributaria, tendrán competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda llegar a resultar afecto al pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito*

20 Art. 544 quater

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.

21 Art.33.7

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

contra la Hacienda Pública”.

De ello resulta que salvo que el Juez así lo acuerde expresamente, no existe obligación de abstenerse por parte de la Administración de la Seguridad Social en caso de procedimientos penales, que no paralizarán la actuación administrativa recaudatoria. En este ámbito, a la solicitud del interesado en tal sentido seguirá la audiencia por el plazo de diez días al Ministerio Fiscal y a la Administración perjudicada, tras lo cual el Juez dictara auto motivado en el que fijará la garantía y el plazo de constitución que deba prestar el interesado para paralizar el procedimiento recaudatorio, previéndose la posibilidad de dispensa total o parcial de la garantía.

Pese al silencio de la LECRIM, cabe considerar que los efectos de la resolución judicial estimatoria de la suspensión afectan exclusivamente al solicitante, y no al resto de encausados, produciendo sus efectos desde la constitución de la garantía, pero retrotraídos al momento de la solicitud, mantenimiento su eficacia los embargos trabados hasta la constitución de la garantía, para la que no vemos obstáculo para que, como en el caso del delito fiscal, se constituya como tal los embargos ya realizados o derechos reales que puedan constituirse sobre los bienes afectados por los mismos, de considerarse que dichos bienes garantizan de forma más adecuada el cobro que las garantías ofrecidas por el encausado, como tampoco de que el investigado/acusado pueda solicitar que no se permita a la Administración la enajenación de los bienes y derechos embargados en el curso del procedimiento de apremio hasta que la sentencia condenatoria que confirme total o parcialmente la liquidación, sea firme.

## 5.- Regularización y reparación del daño

El Art. 307.3 CP<sup>22</sup> ya en la redacción dada por la L.O. 6/1995 establece como específica causa de exención de responsabilidad penal por el delito que nos ocupa la regularización de la situación deudora, precepto doctrinal y jurisprudencialmente reconocido con naturaleza de excusa absolutoria que exime de pena a quienes habiendo cometido un delito social, satisfagan la

<sup>22</sup> Recordando, Art. 307.3.

Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

*La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación*

deuda devengada, que, como hecho impeditivo, debe ser alegado y acreditado por quien le beneficie, siendo sus requisitos:

- Objetivamente, el completo reconocimiento y pago de la deuda social, lo que implica una completa remisión a la normativa social con inclusión por tanto, de la deuda, sus recargos -por mora y por apremio- e intereses sin cuyo integro pago no existirá regularización. Regularización que, por expresa disposición del tercer párrafo del Art. 307.3 CP, extenderá sus efectos a los delitos conexos, esto es, eventuales irregularidades documentales y contables realizadas para cometer el delito. Pago que en todo caso la Jurisprudencia no ha estimado realizado en casos mera prestación de aval o fianza – cif. SSTS 30.4.2003, 3.11.2007)
- Temporalmente, que se haya producido antes de por la Administración de la Seguridad Social se haya notificado al deudor el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas existentes y objeto de la regularización, de que por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración se interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o de que por el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.
- Subjetivamente, que sea hecha por quien resulte ser el obligado, planteándose en esta sede la cuestión de si alcanzará a los partícipes, lo que tiene que ser resuelto afirmativamente si cooperan de alguna forma en la regularización o por lo menos, no se opongan a ella. Inversamente, entendemos que podrá ser estimada como atenuante analógica en los supuestos en los que el tercero quiera llevar a cabo la regularización y el deudor tributario se oponga, y por tanto no se produzca.

Por su parte, el Art. 307.5 CP <sup>23</sup> regula una específica modalidad de reparación para el delito, anudándole, a modo de atenuante muy cualificada, una pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito cometido, lo que tiene

---

<sup>23</sup> Art. 307.5.

Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

que ser valorado positivamente como incentivo al infractor para que repare el perjuicio económico causado y otros posteriores mediante la colaboración para el esclarecimiento de los hechos.

Esta reparación tiene que producirse en el plazo de dos meses desde la citación judicial como imputado - de ahí su relevancia en la fase de instrucción- y venir acompañada de la satisfacción de la deuda y del reconocimiento judicial de hechos, siendo aplicable a partícipes en el delito distintos del obligado o del autor del delito, si colaboran activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o la averiguación del patrimonio del obligado o de otros responsables del delito.

Al igual que en la regularización, el Tribunal Supremo rechaza considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez, sea en el Auto de procesamiento, en el de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación ( SSTS 6.4.2004 , 20.12.2006, 3.11.2007) pues “ ... una cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral .... “.

La regularización estudiada tiene contornos propios en el delito del Art. 307 ter CP al exigir únicamente el reintegro de una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que se percibieron, esto es, sin inclusión de los recargos, fundada, estimamos, en la inexistencia en ese momento de procedimiento de comprobación, inspección o recaudación del que dimanen aquellos, en todo caso con los mismos requisitos cronológicos expuestos, regulación que es criticada por autores como Martín Muñoz ( 2020:10) que exigen mayores requisitos para la atenuación<sup>24</sup> .

## 6.- Cómputo e interrupción de la prescripción

<sup>24</sup> En un estudio referido conjuntamente a los Arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, dicho autor propone, para la interpretación de dichas cláusulas atenuatorias:

1. En primer lugar, la exigencia de límites temporales que garanticen la voluntariedad del comportamiento post delictivo, mediante la remisión al primer inciso en las cláusulas de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, 2. En segundo lugar, que la exigencia de la obtención de pruebas decisivas sea predicable sólo de la colaboración activa destinada a la identificación o captura de otros responsables, permitiendo, así, la entrada de formas de reafirmación de la norma no redundantes en resultados de utilidad procesal o patrimonial para el resto de finalidades. 3. En tercer lugar, que la finalidad de colaboración activa relativa al completo esclarecimiento de los hechos delictivos se refiera, únicamente, a los que atañan personalmente al infractor.

Como sabemos, según los Arts. 130 y ss. del Código Penal, la prescripción es uno de los supuestos posibles de extinción de la responsabilidad criminal por el paso de un determinado lapso de tiempo entre el hecho y el inicio o mantenimiento de la persecución penal.

Plazo que en el caso de los delitos sociales es actualmente doble, siendo de cinco años en los supuestos tipificables bajo el Art. 307 CP y de diez años en los supuestos de hechos tipificables bajo el Art. 307 bis CP, todo ello de conformidad con el APNJTS de 26.10.2010<sup>25</sup>.

Una excepción posible, y de ello un posible plazo superior de prescripción, vendría dado por la conexidad del delito social perseguido con otra infracción más grave, en cuyo caso este sería el plazo de prescripción, como dispone el indicado APNJTS de 26.10.2010.

En uno y otro caso, debe tenerse presente que las actuaciones declaradas nulas no interrumpen el cómputo de la prescripción – cif. APNJTS 27.4.2011-, así como la irrelevancia del plazo de prescripción administrativo de 4 años establecido en el Art. 24 RDL 8/2015<sup>26</sup> trayéndose aquí cuanto se ha dicho a propósito de idéntico plazo para el delito fiscal – cif. STSS de 6.11.2000,10 y 30.10.2001 o 3.2.2005-.

En cuanto al dies a quo, debe situarse en el momento de la presentación de las declaraciones inveraces (modelos TC1 y TC2) o en el de vencimiento del plazo de presentación de dichas declaraciones sin que estas se hayan efectuado, ex

---

### *25 Acuerdo del Pleno del tenor:*

“ ... Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado....”

### *26 Artículo 24*

1. Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos y acciones:

- a) El derecho de la Administración de la Seguridad Social para determinar las deudas por cuotas y por conceptos de recaudación conjunta mediante las oportunas liquidaciones.
- b) La acción para exigir el pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta.
- c) La acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social.

2. Respecto de las obligaciones con la Seguridad Social cuyo objeto sean recursos distintos a cuotas, el plazo de prescripción será el establecido en las normas que resulten aplicables en razón de la naturaleza jurídica de aquellas.

3. La prescripción quedará interrumpida por las causas ordinarias y, en todo caso, por cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente a la liquidación o recaudación de la deuda y, especialmente, por su reclamación administrativa mediante reclamación de deuda o acta de liquidación. La prescripción quedará interrumpida, asimismo, por el inicio de las actuaciones a que se refiere el artículo 20.6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Arts. 25 TRLGSS y 74 RGR <sup>27</sup>, sin perjuicio de que el delito quede consumado cuando se alcance la defraudación típica, lo que implica que con las acciones descritas se inicia el plazo de cuatro años naturales del Art. 307.2 CP <sup>28</sup> dentro del cual cabe adicionar las consecutivas defraudaciones efectuadas -pero sin que puedan computarse meses prescritos administrativamente- hasta obtener la cifra típica de 50000 Euros, sin que exista en el tipo cualificado del Art. 307 bis CP una previsión análoga a la existente en su homólogo Art. 305.2.a) bis CP <sup>29</sup>.

Prescripción que es apreciable de oficio o a instancia de parte y en cualquier momento hábil, que entendemos es aquel desde en el que pueda alegarse fundadamente, y, observando los principios de contradicción y audiencia, resolverse. Esto, no obstante, existen ciertos términos procesales especialmente adecuados como son el trámite de cuestiones previas en el procedimiento abreviado (Art. 786 LECRIM, ya sea resuelto por Auto o Sentencia); los artículos de previo pronunciamiento del Sumario (Art. 666 LECIM) o el trámite de cuestiones previas del Art. 36 de la L.O. 5/1995 para los especiales casos en que los estos delitos pudieran ser enjuiciados por el Tribunal del Jurado.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, el actual tenor del Art. 132 del Código Penal - introducido por la LO 1/2015 y por tanto vigente desde el 1.7.2015, lo ciñe al dictado de una resolución judicial que dirija el procedimiento contra persona/s determinada/s, resolviendo el bizantino problema de los efectos de la presentación de querrela o denuncia por delito a la espera de una posterior admisión y/o incoación de la misma, operando una extensión del plazo de prescripción durante seis meses para dictar la resolución antes citada.

En su momento, y fundamentalmente al hilo de delitos fiscales, la Jurisprudencia -cif. SSTS 25.1.1994, caso Ruano, 8.11.2003 o 3.2.2005- apreció valor interruptivo a la aparición de cualquier dato incriminador en las actuaciones o con la imputación realizada por un testigo o un coimputado, aunque no se hubiera dictado una resolución judicial que, recogiendo ese dato, citare como imputada a una persona, tesis que estimamos no puede mantenerse hoy día. Con dicha salvedad, desde el tenor del Código Penal y los pronunciamientos jurisprudenciales dictados

<sup>27</sup> Art. 25: “ Las deudas con la SS deberán satisfacerse dentro de los plazos reglamentarios establecidos...».

Art. 74: “ Las cuotas de la SS y demás conceptos que se recauden conjuntamente con aquéllas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo por las normas que regulan cada uno de los regímenes que integran el Sistema de la SS”.

<sup>28</sup> Art. 307.2.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales

<sup>29</sup> Según la cual, si la defraudación se lleva a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1 del mismo precepto.

en este ámbito, se ha concedido virtualidad interruptora de la prescripción a resoluciones tales como:

- Auto de admisión de querrela (STS 24.10.2013)
- Auto de imputación formal (STS 24.10.2013)
- Auto de atribución indiciaria de presunta participación (STS 22.10.2014)
- Auto estereotipado, integrado por la denuncia del Fiscal y la documentación que le acompañaba y que no excluya ninguno de los incorporados por el Fiscal en su denuncia (STS 24.10.2016)
- Autos dictados en fase de investigación que autoricen injerencias en derechos fundamentales,

Lo expuesto tiene algunas especificidades en el ámbito de aplicación de la prescripción a las personas jurídicas, de las que la STS 10.7.2013 expresa que siendo difícil determinar en tales casos, con la necesaria concreción, la persona física a la que se imputa el hecho delictivo aunque, el hecho de que en la querrela o denuncia esa persona sea identificada por su pertenencia a la estructura organizada permite entender que aparece lo suficientemente concretada, precisamente por su pertenencia al grupo en cuyo seno se realiza la acción delictiva que se imputa, para interrumpir la prescripción.

### **7.- Fase Intermedia: Procedimiento Abreviado**

Finalizada la instrucción, debe tomarse una decisión sobre la continuación o el sobreseimiento del procedimiento, pues así resulta de los números 1 y 4 del Art. 779.1º LECRIM<sup>30</sup>

Específicamente en cuanto al sobreseimiento, como forma de terminación del proceso puede ser libre o provisional, parcial o total o referido a los hechos justiciables o a las personas investigadas, pero en todo caso debería ser libre, evitando los problemas que los sobreseimientos presuntos provocan en fases posteriores del procedimiento

---

<sup>30</sup> Art. 779.1º.-

Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

779.4º: Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775 .

Si el Juez acuerda la continuación del procedimiento, ordenara la acomodación del procedimiento a las reglas del procedimiento abreviado, concretará los hechos justiciables, que sin perjuicio de las circunstancias del caso, deberán comprender en todo caso el impuesto y ejercicios concretos en el que se ha efectuado la presunta defraudación, la cuota presuntamente defraudada – superior en todo caso a 50000 o 120.000 euros., una breve descripción de la mecánica factual y la determinación de las personas investigadas, y conferirá traslado por plazo de diez días a las partes acusadoras para que presenten sus escritos de acusación ex Art. 781 LECRIM

En cuanto a los escritos de acusación, sin perjuicio de las concretas circunstancias del caso, deberán contener las menciones comprendidas en el Art. 650 LECRIM, la concreción de las indemnizaciones solicitadas – en el caso, cuota defraudada más intereses-, y fundamentales, el órgano ante el que se solicita el enjuiciamiento y la prueba que se proponga -incluida la anticipada- para el acto de juicio oral. Adicionalmente, se podrá interesar la adopción o en su caso, modificación, suspensión o cancelación de las medidas cautelares adoptadas

Aportados escritos de acusación, se abre un marco de decisión para el Instructor, que según el Art. 783 LECRIM puede optar por abrir juicio oral o acordar el sobreseimiento de la causa, en las dos modalidades previstas en los Arts. 637 y 641 LECRIM.

Esta libertad del Juez para decidir tiene ciertos límites según quien haya solicitado la apertura del juicio oral. Así, en supuestos de causas que afecten a bienes jurídicos particulares – y los delitos contra la Seguridad Social lo son- el Juez no podrá abrir juicio oral cuando únicamente lo haya solicitado la acusación popular en tanto que el Ministerio Fiscal y la acusación particular hubieren solicitado el sobreseimiento de la causa, cif. SSTS 17/12/2007-caso Botín-, 20.1.2010 y 29.1.2015-. Por el contrario, las SSTS 54/2008 –caso Atutxa- y 29/2015 señalaron la posibilidad de abrir juicio oral exclusivamente a instancias de la acusación particular en casos de procedimientos que afecten a bienes jurídicos colectivos.

Si acuerda la apertura del juicio oral determinará los delitos y personas contra los que lo apertura – y correlativamente, acordará el sobreseimiento respecto de los delitos y personas contra los que no lo acuerda- y el órgano ante el que se abre. Específicamente, resolverá sobre la situación personal de los acusados y sobre la responsabilidad civil solicitada, lo que comportará la exigencia para los responsables de constituir fianza por dicha cantidad o sufrir el embargo de sus bienes en cuantía suficiente para ello.

El auto por el que se abre juicio oral no es susceptible de recurso salvo en lo atinente a la situación personal del acusado. Por el contrario, la resolución – o el particular de la misma– que acuerde el sobreseimiento es susceptible de recurso de reforma y/o de apelación, sin que sea necesario interponer el primero, pudiéndose acudir directamente al recurso de apelación.

Abierto el acto de juicio oral, es el turno de presentación de los escritos de defensa, en un plazo de diez días según dispone el Art 784.1 LECRIM. Es un escrito fundamental para esa parte, en la medida que además de proporcionar una tesis de descargo – o no- debe proponer la prueba de que intente valerse en el acto de juicio e incluso como anticipada a este, para lo cual estimamos oportuno un cierto esfuerzo de motivación en cuanto a la pertinencia y procedencia de las pruebas solicitadas – especialmente, en la medida que se aparten de las solicitadas por las acusaciones-. Obviamente, la parte puede manifestar en ese escrito su conformidad con el escrito de acusación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 784.3 LECRIM<sup>31</sup>.

Presentado el escrito de defensa, o transcurridos el plazo de 10 días para hacerlo, el LAJ del Juzgado acordará la remisión del procedimiento al órgano competente para el enjuiciamiento (Art. 784.5 LECRIM).

### **8.- Bibliografía complementaria**

AAVV. - Memento experto, Cooperación Jurídica Internacional, Ed. Francis Lefebvre, 2016

FERRE OLIVE, JUAN CARLOS.- Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Ed. Tirant lo Blanch 2018

GONZALEZ PAVON, PILAR.- Delitos contra de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores, Ed. Boch, 2015

MARTÍNEZ GARCIA, ELENA. - La orden europea de investigación, Ed. Tirant lo Blanc, 2016

MARTIN GARCIA, ANTONIO LUIS y BUJOSA VADELL, LORENZO.- “ La obtención de

---

<sup>31</sup> *Del tenor:*  
*Art. 784.3.*

En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787. Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1.

prueba en materia penal en la Unión Europea “, Ed. Atelier, 2016

MARTIN MUÑOZ, JESUS.- “De esencias y consecuencias (o de la colaboración postdelictiva en los delitos fiscales, contra la Seguridad Social, de fraude de subvenciones y malversación) .- LA LEY Penal nº 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, Nº 144, 1 de may. de 2020,

MIRA BENAVENT, JAVIER y BOIX REIG, JAVIER.- Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Ed. Tirant lo Blanch, 2000

MONEREO PEREZ, JOSE LUIS.- Manual de Seguridad Social, Ed. Tecnos, 2018

OLLE SESE, MANUEL.- “ Consumación, desistimiento y regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social “.- LA LEY Penal nº 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, Nº 144, 1 de may. de 2020,

SANS DIEZ-PALACIOS, ALBERTO.- “ Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública “, Ed. Colex, 2004