

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

# Progresión del sistema constitucional: Nuevos derechos fundamentales y garantías



Dykinson ebook



Universidad  
de Jaén



Facultad de  
Ciencias Sociales  
y Jurídicas



**Catalina Ruiz-Rico Ruiz**  
*Catedrática de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Jaén*  
ORCID: 0000-0002-0966-868

# **Progresión del sistema constitucional: Nuevos derechos fundamentales y garantías**



Universidad  
de Jaén



Facultad de  
**Ciencias Sociales**  
y **Jurídicas**

*Dykinson, S.L.*

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)



*Este ebook se encuentra registrado bajo licencia Creative Commons.  
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)  
Para más información, consulte la web:  
<https://creativecommons.org/share-your-work/licenses/>*

© Copyright by  
Catalina Ruiz-Rico Ruiz  
Madrid, 2025

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7006-830-1  
DOI: <https://doi.org/10.14679/4575>

Preimpresión por:  
Besing Servicios Gráficos S.L.  
e-mail: [besingsg@gmail.com](mailto:besingsg@gmail.com)

*A Lucía y Elena, mis queridas hijas*

*A mi otra madre adorable, Encarnación Ruiz Guerrero*

*A Juan Miguel Delgado López Cozar, mi eterno amigo*

*A todos ellos, con profundo sentimiento, siempre a mi lado*



# Índice

1.	Introducción .....	11
2.	Expansión del campo de los derechos fundamentales .....	13
2.1.	El “derecho fundamental” a no ser molestado .....	13
2.1.1.	Planteamiento .....	13
2.1.2.	Delimitación de las molestias .....	15
2.1.3.	El derecho subjetivo y fundamental a no ser molestado .....	18
	A) Bases jurisprudenciales.....	18
	B) Problemática constitucional.....	21
	C) Ámbito de aplicación .....	23
2.1.4.	Efectos constitucionales de las molestias .....	28
2.2.	La evolución constitucional del medio ambiente .....	31
2.2.1.	Preámbulo.....	31
2.2.2.	Evolución del derecho ambiental.....	31
2.2.3.	Categorización del medio ambiente .....	33
2.2.4.	Hacia un derecho fundamental al medio ambiente.....	34
	A) La influencia de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021. ....	38
	B) El interés superior ambiental .....	42
2.3.	La eutanasia como derecho fundamental de hecho.....	45
2.3.1.	La dimensión constitucional de los principios bioéticos .....	46
2.3.2.	Problemática constitucional de la legislación española de eutanasia .....	49

	A)	Restricciones subjetivas en el derecho de ayuda a morir: efectos inconstitucionales.....	49
	a)	Supuestos controvertidos por razones de capacidad .....	53
	B)	Imprevisión legal de conflictos jurídicos y solución constitucional .....	60
2.3.3.		Contenido y garantías legales: el control jurídico de la eutanasia.....	64
2.3.4.		Configuración legislativa de un derecho fundamental “de hecho” a morir.....	68
2.4.		Los derechos fundamentales digitales en el ámbito laboral.....	71
	2.4.1.	Introducción.....	71
	2.4.2.	Nueva generación de derechos digitales en la esfera laboral .....	73
		A) En el ámbito internacional.....	74
		B) En el marco europeo .....	75
	2.4.3.	Perspectiva constitucional.....	77
	2.4.4.	Configuración en la legislación española. Modalidades ..	81
	2.4.5.	Regulación en la negociación colectiva y políticas de empresa.....	89
	2.4.6.	Problemática constitucional. conflictos y límites de los derechos digitales de los trabajadores.....	94
		A) Conflictos con la libertad de empresa .....	94
		B) Control empresarial y la privacidad .....	96
		C) Deberes empresariales .....	98
		D) Incumplimientos y efectos jurídicos.....	101
	2.4.7.	Propuestas jurídicas en el campo de los derechos digitales laborales: los algoritmos. ....	104

2.5.	El impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales.....	108
2.6.	Las cláusulas abusivas de derechos fundamentales.....	117
2.5.1.	Desde una perspectiva constitucional y contractual .....	120
2.5.2.	Cláusulas abusivas en el ámbito laboral.....	124
2.5.3.	Cláusulas abusivas en materia de protección de datos..	125
3.	Integración constitucional de garantías atípicas.....	132
3.1.	Aproximación a la tutela extrajudicial efectiva como derecho fundamental .....	132
3.2.	Objeciones a su implantación: la autonomía privada .....	135
3.3.	Bases para la construcción de una teoría sobre la tutela extrajudicial 146	
3.3.1.	Aplicación a los derechos fundamentales y su efectividad .....	146
3.3.2.	Como derecho fundamental.....	150
3.4.	La mediación.....	155
3.4.1.	Problemática subjetiva.....	160
3.4.2.	Ámbito objetivo .....	163
	A) Garantías y tipología .....	165
	B) Viabilidad en el campo de los derechos fundamentales .....	167
	a) En la jurisdicción social.....	180
	b) En el ámbito administrativo. A través del Defensor del Pueblo.....	184
	c) En la esfera penal y de violencia de género: maltrato filiofamiliar y bullying .....	189

4.	Blindaje ante la apariencia constitucional .....	201
4.1.	Realidad, apariencia jurídica y legitimidad aparente .....	202
4.2.	Apariencia constitucional y efectos jurídicos .....	204
4.2.1.	Control jurídico de las declaraciones políticas en sede parlamentaria .....	206
4.2.2.	La “especial transcendencia constitucional” de la apariencia.....	209
4.3.	Extrapolación general de mecanismos civiles de defensa .....	212
4.4.	Reforma constitucional como antídoto de la crisis territorial.....	220
4.5.	La indefensión constitucional ante la amnistía .....	226
	Bibliografía .....	242

# 1. Introducción

El constitucionalismo español presenta en la actualidad una exposición desproporcionada a la politización con el riesgo de socavamiento de la dimensión normativa intrínseca al Estado de Derecho. La debilitación de la democracia y el declive de su calidad como consecuencia de la desinformación, los relatos y propaganda política, el control de la ciudadanía mediante las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial, plantean la ineficacia de los mecanismos de blindaje previstos en la Constitución.

Paralelamente, el reconocimiento jurisprudencial de la autodeterminación en el marco de los derechos fundamentales posibilita la admisión de garantías atípicas desde una perspectiva constitucional y la posible aplicación de mecanismos alternativos basados en la autonomía privada. La vertiente de orden público de los derechos fundamentales ha experimentado un retroceso a través de la libertad dispositiva y renunciabilidad, justificando la construcción de un derecho fundamental a tutela extrajudicial “efectiva” a raíz de las últimas reformas legales<sup>1</sup>.

La revolución digital implica un desafío constitucional ante el ataque masivo de derechos fundamentales evidenciando la desadaptación de las garantías constitucionales por su alcance estrictamente individual.

---

<sup>1</sup> Vid., Anzures Gurría, J., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, Cuest. Const. N° 22 Ciudad de México ene./jun 2010, pág. 18, afirmando que los derechos fundamentales no pueden dejar de tener incidencia en las relaciones privadas, pero entienden que las peculiaridades del Derecho privado y su consagración a preservar la libertad y autonomía en dichas relaciones casa mal con una aplicación de derechos fundamentales”.

Las cláusulas abusivas de derechos fundamentales exigen la viabilidad de un recurso de amparo colectivo por la implicación de múltiples titulares, la unificación de la doctrina constitucional para evitar un trato desigual entre los mismos, así como replantear el presupuesto inexcusable de la especial transcendencia constitucional respecto a la contratación en masa <sup>2</sup>.

En este estudio se desarrolla además la extensión del mapa de los derechos fundamentales originarios y derivados mediante la protección constitucional de las molestias, la eutanasia, el medio ambiente o las nuevas tecnologías. Por último, la investigación se centra en el fenómeno actual de la apariencia (*fake ius*) como alter ego de la realidad constitucional en base a la competencia desleal practicada mediante relatos políticos, simulacros, ficciones, vías de hecho, actos no consumados o declaraciones virtuales desde los poderes públicos, bajo el riesgo de eludir los controles existentes de constitucionalidad.

---

<sup>2</sup> Vid., Salmieri Delgue, N., “La acción de amparo - el amparo colectivo – acción “de clase” y el afectado - vacío legal – parámetros de la corte – código unificado”, Revista Pensamiento Penal 2016/4, pág. 2. señalando que “se utiliza como medio para proteger los derechos de incidencia colectiva en general, esto se refiere a todos aquellos derechos que surgen en forma implícita en la Constitución Nacional (art. 33 C.N.). Se protegen los intereses difusos, estos intereses son aquellos que son compartidos por toda la comunidad”.

## 2. Expansión del campo de los derechos fundamentales

### 2.1. El “derecho fundamental” a no ser molestado

#### 2.1.1. Planteamiento

Como hipótesis inicial debe plantearse la viabilidad de un derecho fundamental a no ser molestado con carácter transversal superando el marco estrictamente civil de las relaciones de vecindad <sup>3</sup>. El impacto de las molestias en la convivencia y la consolidada ecologización de los derechos fundamentales avalan su transfiguración jurídica en esta categoría constitucional <sup>4</sup>.

La Constitución como norma de convivencia ampara la protección de los derechos fundamentales frente a perturbaciones molestas y conductas incívicas. El derecho a no ser molestado integra el contenido básico y por ende también esencial de los derechos fundamentales, considerando que sin civismo resulta imposible el ejercicio y disfrute de los mismos. Su transversalidad debe actuar como un *prius* para impedir que resulten privados de su efectividad

---

<sup>3</sup> Para Suárez Crothers, C., “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, Revista de Derecho, Nº 11, 2000, pág. 11, en el Derecho angloamericano, como veremos, irá extendiendo su irradiación, por vía jurisprudencial, hacia ámbitos que pudieron haber parecido insospechados para los primeros sostenedores de la moderna teoría de la privacy, y su misma evolución presenta en el derecho americano problemas variados y muy discutidos por la doctrina.

<sup>4</sup>Conforme a la Sentencia del TS de fecha 5 marzo 2012 “el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido sentando la doctrina de incluir dentro de la protección de los derechos fundamentales el derecho a la paz y tranquilidad que exigen los ciudadanos y a no ser violentados en su convivencia diaria”.

mínima y elemental<sup>5</sup>. En concreto, el libre desarrollo de la personalidad, la paz social o el derecho de los demás pueden vulnerarse a través de molestias reiteradas de desigual intensidad que afectan al bienestar y calidad de vida <sup>6</sup>.

En esta línea, la SAP de Barcelona 240/2020, de 30 de junio admite que “el ejercicio de actividades molestas, se encuentran presentes en las relaciones modernas de convivencia vecinal, y se tornan en un problema tradicionalmente arraigado en nuestra cultura, aunque obviamente ha de destacarse la gran insolidaridad existente entre los ciudadanos, y (...) la falta de respeto que se ha apoderado de nuestra sociedad. Y lo más grave de estas situaciones es que para que los ciudadanos restablezcan estas exigencias del respeto mutuo que debe existir entre todos se ven obligados a acudir a los tribunales para que éstos puedan restablecer la situación creada”.

La *vis expansiva* de las molestias se debe al progreso social y a la intolerancia de la sociedad frente a vulneraciones incluso de baja intensidad de los derechos fundamentales. Las microlesiones disruptivas o continuas provocadas por actos molestos difusos o secuenciales adquieren relevancia constitucional sin necesidad de daño ni perjuicio a la salud en base la doctrina del TEDH y del TC <sup>7</sup>. Las molestias constituyen límites de los derechos fundamentales y de su ejercicio abusivo con tendencia al ensanchamiento de la

---

<sup>5</sup> Según Lizcano Fernández, F., “Polis, Conceptos de ciudadano, ciudadanía y civismo”, *Revista de la Universidad Bolivariana*, Vol.11, N° 32, 2012, pág. 274, el civismo es el “área del saber, de naturaleza interdisciplinaria, que promueve valores—junto con las actitudes y comportamientos que de ellos se derivan tanto en el ámbito público como en el privado—relativos a la interacción democrática (libertad, igualdad jurídica, pluralidad, tolerancia, respeto, diálogo, negociación, pluralidad y participación).

<sup>6</sup> La STC de 24 de mayo de 2001 se refiere a “nuevas formas o nuevos procedimientos que alteran gravemente la paz familiar y el entorno en que se desarrolla vida íntima o privada y que constituyen manifestaciones de intromisión ilegítima frente a los cuales cabe y es obligada la tutela judicial”.

<sup>7</sup> La doctrina del TEDH se desarrolla en las SSTC de 3 de diciembre de 1996, 24 de mayo y 8 de junio de 2001 y 23 de febrero de 2004: «*el ruido puede llegar a representar un factor psicopatológico destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos.*»

esfera de privacidad y al reforzamiento de derechos como la intimidad, inviolabilidad de domicilio, integridad física y psicológica <sup>8</sup>.

En definitiva, el derecho a la tranquilidad y a no ser molestado se infiltra en el contenido esencial de los derechos fundamentales para la protección de las facultades necesarias y los intereses básicos constitucionalmente protegibles, evitando que su ejercicio resulte impracticable y se vacíen las facultades de sus titulares <sup>9</sup>.

### *2.1.2. Delimitación de las molestias*

La evolución hacia sociedades avanzadas influye en la exigencia social de un nivel superior de protección jurídica frente a injerencias externas en la privacidad, lesivas de derechos fundamentales. Por esta razón, conviene detenerse previamente en la delimitación conceptual y presupuestos de las molestias para dotar a esta figura de transcendencia constitucional.

En sentido general, las molestias consisten en simples incomodidades e intromisiones en el marco de las relaciones de convivencia y vecindad de carácter reiterado, sucesivo, periódico y de tracto sucesivo. La categoría de las

---

<sup>8</sup> La SAP Madrid de 20 noviembre 2000 (AC 2001, 168), señala que «las intromisiones medioambientales en la esfera de la privacidad que afecten al bienestar de la persona, pueden implicar lesión e incluso privación del derecho que toda persona tiene al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar, vulnerando, en definitiva, el derecho a la intimidad personal y familiar que protegen los arts. 8.1 del Convenio de Roma y el 18 de la CE».

<sup>9</sup> Vid., Viquer Soler, P., “Acciones civiles frente al ruido. especial referencia a las comunidades de vecinos” *Práctica de Tribunales*, nº 79, Sección Estudios, Febrero 2011, *LA LEY El Consultor Inmobiliario*, Nº 123, Sección Doctrina, 2011, “El Tribunal Supremo que tradicionalmente fue la doctrina jurídica medieval sobre los «actos de emulación»(construida para paliar la rigidez del principio *neminem laedit qui suo iure utitur*, «no causa daño quien usa de su derecho»), el medio para reparar los daños causados como consecuencia de inmisiones abusivas que tenían la apariencia de ejercicio legítimo del derecho propio, y más tarde hubo que superar los inconvenientes de dicha doctrina, perfeccionándola hasta el reconocimiento jurisprudencial del abuso del derecho hoy plasmado en el artículo 7.2 Cc.

molestias destaca por su amplitud abarcando múltiples manifestaciones individuales o colectivas, con diversa intensidad y efectos jurídicos (daños morales, perjuicios a la salud...) <sup>10</sup>. Particularmente consisten en injerencias, abusos o extralimitación de derechos, con carácter bifronte por afectar la privacidad y también el espacio público <sup>11</sup>.

Se caracterizan por el común denominador de un ejercicio anómalo y antisocial del derecho, lo que resulta patente y notorio cuando de actos incívicos se trata que traspasan el umbral de la mera incomodidad para convertirse en actitudes reprobables que conforman una perturbación grave por su intensidad y duración” <sup>12</sup>.

Según la STC 28/1999, de 8 de marzo, han de considerarse dentro de las actividades molestas no sólo las inmisiones intolerables, sino toda actividad que, por la trascendencia de la misma, pueda exceder de lo socialmente admisible entendiendo por tal el mínimo respeto a la convivencia de los

---

<sup>10</sup> Según Saldaña, N., “El derecho a la privacidad en los estados unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, N° 28, 2011, pág. 283, “en el sistema constitucional norteamericano el derecho a la privacidad es un concepto amplio, los intereses constitucionales que lo integran, esto es, aquellos ámbitos de la esfera privada que tienden a preservar esos intereses de soledad, secreto, autonomía, individualidad, intimidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales, control de la información personal, así como del sustrato esencial de la inviolable dignidad humana”.

<sup>11</sup> Para Nogueira Alcalá, H., “El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 4, N° 2, 1998, “la vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad. La intimidad es el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual aparece como necesario para mantener un mínimo de calidad de vida humana. Con tres dimensiones del derecho: a) el derecho al respeto de la vida privada de las personas; b) el derecho al respeto de la vida pública de las personas; y c) el derecho al respeto de la honra de la persona y de su familia”.

<sup>12</sup> Considera Rosillo Fairén, A., “Ruidos y molestias en el ámbito de la propiedad horizontal”, ICAM, 2021, entre aquellas actividades más conflictivas “el uso de instrumentos musicales, ejercicio de la hostelería, tendidos de ropa en sitios no autorizados, exceso de humos y mala disposiciones de su salida, olores y basuras, tenencia de animales, establecimientos de ocio, reuniones ruidosas, electrodomésticos ruidosos, ejercicio de la prostitución, sobreexplotación de viviendas en alquiler, alquiler de pisos turísticos y/o por cortas estancias, conductas incívicas...”.

ocupantes del inmueble cuanto que, además, la ilicitud a que se refiere la norma abarca tanto la administrativa, como la civil y penal.

Su exposición a la casuística se reconoce por el tribunal Supremo afirmando que la calificación de una actividad como incómoda o molesta no ha de hacerse apriorísticamente, y sólo por las características generales de la misma, sino atendiendo al modo de realizarse en cada caso concreto (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1993), o el modo de desarrollarse la situación de hecho derivada del uso de una cosa, aunque se cumplan formalidades administrativas, porque no pueden entrañar restricciones a la tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 24 de la Constitución española<sup>13</sup>.

En consecuencia, la judicialización de esta figura obliga a la determinación de la gravedad en los términos de la STS de 30 de enero de 2020: *“la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente «grave» es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor. Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP habrá que acudir, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por tanto, en la tierra, fauna y la flora puestas en peligro”*.

Paralelamente la determinación de los límites de la normalidad queda a discreción judicial como admite la SAP de Cáceres 417/2023, de 4 Julio

---

<sup>13</sup> Entre los requisitos que exige el Tribunal Supremo para considerar molestas, insalubres o nocivas “las actividades realizadas en un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal [y por ende vulneradoras de las disposiciones generales mencionadas] destacan que se produzcan dentro del inmueble, que excedan y perturben el régimen o estado de hecho usual y corriente en las relaciones sociales, de manera notoria (evidencia y permanencia en la incomodidad), y que esté suficientemente probada (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1964, 8 de abril de 1965 y 11 de mayo de 1998)”.

argumentando que “lo importante es que la ley prohíbe todo lo que "entrañe una molestia grave" sin circunscribirse exactamente a los límites del reglamento administrativo, pero sí acreditando que se trata de una molestia permanente y grave que supere los límites de la normalidad” <sup>14</sup>.

Por último, los presupuestos de la actividad molesta se basan en la continuidad o permanencia (STS 22 diciembre 1970); 2); la incomodidad para terceras personas que habiten o hayan de permanecer en algún lugar del inmueble en el que se desarrolle la actividad (SSTS 8 abril de 1965, 18 enero 1961 y 30 abril 1966 (SSTS 7 octubre 1964 – y 10 abril 1967 ); y 3); notoriedad no siendo suficiente una pequeña dificultad o trastorno, sino que se exige una dosis de gravedad, una afectación de entidad a la pacífica convivencia jurídica lo que obliga a una ponderación de cada caso concreto (STS 8 abril 1965), con «evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad» (STS 20 abril 1965) y que en un orden de convivencia , excede y perturba aquel régimen de estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales».

### 2.1.3. *El derecho subjetivo y fundamental a no ser molestado*

#### A) Bases jurisprudenciales

Como se ha señalado con anterioridad, las molestias han superado su raíz originaria civil limitada a las relaciones de vecindad extendiéndose a la convivencia y a los espacios públicos. Desde esta perspectiva, el derecho a no

---

<sup>14</sup> En las SSTS 7 octubre 1964 y 10 abril 1967 se exige que “la molestia sea notoria y ostensible, esto es, no basta una pequeña dificultad o trastorno, sino que se exige una dosis de gravedad, una afectación de entidad a la pacífica convivencia jurídica lo que obliga a una ponderación de cada caso concreto (STS 8 abril 1965), teniendo sentado el Tribunal Supremo que la base de la notoriedad está constituida por la «evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad» (STS 20 abril 1965), entendiéndose, asimismo, que «...en el concepto de actividad notoriamente incómoda debe incluirse aquella actividad cuyo funcionamiento en un orden de convivencia , excede y perturba aquel régimen de estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales».

ser molestado, al descanso, bienestar o calidad de vida presenta una dimensión constitucional subjetiva e individual y pública o colectiva<sup>15</sup>.

En el ámbito civil, las molestias derivan generalmente del abuso del derecho mediante extralimitaciones contrarias a la función social con daño para terceros y la sociedad, operando como límite del derecho de propiedad o título posesorio y siendo causa de resolución contractual <sup>16</sup>. La ampliación del concepto relativo a la privacidad ha contribuido a sobredimensionar las molestias reducidas tradicionalmente a los actos de emulación e insalubridad. En este sentido, las molestias adquieren interés público y social mediante una interpretación evolutiva de la privacidad consolidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional. Su proyección y trascendencia constitucional deriva además de la implicación de bienes constitucionalmente protegidos, del abuso de derechos fundamentales y conflictos entre titulares por actos molestos.

En particular, el proceso de constitucionalización se ha desarrollado a través de la protección del medio ambiente y la denominada ecologización de los derechos fundamentales <sup>17</sup>. Las molestias adquieren dimensión constitucional por vía de lesión de ciertos derechos fundamentales como la intimidad, inviolabilidad de domicilio, la integridad física o psíquica, la salud, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los demás. La jurisprudencia ordinaria y constitucional confirma esta tesis en la STS de 5 marzo 2012 sobre las

---

<sup>15</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 109/2004 admite que “hoy día no es exagerado afirmar que el tema del ruido es de carácter multidisciplinar en la medida que afecta a las aspiraciones individuales y colectivas a una calidad de vida cada vez mayor en su respectivo entorno y posibilidades”.

<sup>16</sup> La STS de 4 mayo 1999 estima “la procedencia de la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por dedicarse el arrendatario a actividades que producían ruidos molestos para los vecinos”.

<sup>17</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2007 admite que “la solución más económica no solo es posible sino aconsejable, pero no puede ser prioritaria sobre el derecho al descanso, a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar que son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.

**vulneraciones que existen en la sociedad del derecho a la tranquilidad de los ciudadanos y a la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad** causadas por el ruido que provocan estas situaciones de insolidaridad; y la STC 16/2004 admitiendo que “los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad”<sup>18</sup>. En esta línea, la STEDH de 9 diciembre 1994 declara que en *determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atacar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8,1 del Convenio de Roma. Además, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral*<sup>19</sup>. La jurisprudencia europea (STEDH de 2 de octubre de 2001, “caso Halton y otros ciudadanos contra el Reino Unido”) también reconoce el derecho de los demás por ruidos excesivos imponiendo a los Estados la obligación de minimizar las injerencias en los mismos y buscar soluciones alternativas<sup>20</sup>.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial consolida la transcendencia constitucional de las molestias por su capacidad y potencialidad para hacer

---

<sup>18</sup> De igual modo, el Tribunal Constitucional (SSTC16/2004 -EDJ 2004/2789- y 150/2011 -EDJ 2011/226203), declara que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que pueden objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad”.

<sup>19</sup> En efecto, “si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, **rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud**, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE” (STC 19/2001).

<sup>20</sup> La STS de 16 de diciembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra el Reino de España) se plantea frente a los ruidos excesivos de locales de diversión nocturna.

inefectivos o irreales los derechos fundamentales <sup>21</sup>. Este salto cualitativo de los actos molestos encuentra cobertura jurídica en la STC 16/2004 al afirmar que *habida cuenta que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero), se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias tradicionales.*

## B) Problemática constitucional

El afianzamiento constitucional de las molestias se complica ante intromisiones o perturbaciones que normalmente no alcanzan el rango de vulneración *strictu sensu* de los derechos fundamentales, por adolecer de reiteración, habitualidad o daños de relevancia jurídica <sup>22</sup>. En estos supuestos los titulares de derechos fundamentales soportan el riesgo de desprotección, salvo cuando se esté incurriendo en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna (STS de 1 de febrero de 2006).

La imprevisión por la Constitución española del abuso y extralimitación en el ejercicio de los derechos fundamentales, reduce la capacidad de reacción frente

---

<sup>21</sup> “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha delimitado cuáles son los derechos constitucionales afectados ante el factor de perturbación del desarrollo de la vida de las personas que, con carácter principal, motiva la queja, esto es, por el ruido o contaminación acústica o por las vibraciones indebidas. Aparte de la implicación del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) o del derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE), el ruido y las vibraciones afectan a derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)”. (*XXXI Jornadas de coordinación de Defensores del Pueblo, 2016, La invasión del domicilio por ruidos: la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la integridad física y psíquica*).

<sup>22</sup>La STJUE de 26 de octubre 2004 (asunto Moreno Gómez) señala: en el recurso de amparo constitucional, en tanto medio excepcional de protección de los derechos fundamentales, se plantea exclusivamente si el nivel de ruido padecido por el actor en su vivienda reviste entidad suficiente para reputar vulnerados los derechos fundamentales.

a los actos molestos causados por estas vías <sup>23</sup>. Con carácter general, las molestias abusivas de derechos fundamentales implican un ejercicio antisocial de los mismos *“cuando tiende a un fin incompatible con el destino social del derecho y especialmente cuando acarrea daño a la economía nacional veía a los ciudadanos, avanza sobre sus derechos e intereses legítimos o procura la adquisición de ventajas indebidas”*. El abuso de derechos fundamentales incluye molestias sin interés para el titular de los mismos o con intención de dañar, excluyéndose la ponderación entre un ejercicio legítimo y abusivo de los derechos fundamentales <sup>24</sup>.

Recientemente la STC 75/2024, de 8 de mayo de 2024 considera constitucional la penalización del acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo, argumentando que no se trata de la ejecución de actos molestos u ofensivos sino de la acción de acosar y no supone una limitación de las libertades ideológica (art. 16 CE) y de expresión (art. 20 CE), de los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE), del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

---

<sup>23</sup> Las SSTS 21 diciembre 2000, 16 mayo y 12 julio 2001, 2 julio 2002 y 28 enero 2005 exigen para el abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil):” a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo), sin que quepa invocar la sanción cuando el reprochado exceso en el ejercicio del derecho esté garantizado por precepto legal(2)” (sentencia del TS de 2 julio 2002, que cita las de 28 abril 1976 y 14 julio 1992).

<sup>24</sup> Según Muñoz Aranguren, A., “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº41, 2018, pág. 38, “no tendría sentido realizar esa ponderación entre un derecho ejercitado de forma desviada –y, por tanto, ilícita– y otro derecho lícitamente invocado por su titular...El art. 7.2 CC actúa así, como un límite interno del derecho, mientras que la ponderación de ese derecho con otro enfrentado constituiría, a su vez, un límite externo a su concreto ejercicio”. El abuso del derecho como límite al derecho subjetivo (STS de 6 de febrero de 1999) se considera “ejercicio del derecho con intención de dañar o sin verdadero interés en ejercitarlo o, en sentido objetivo, como ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo” (SSTS 16 de diciembre 1982, 9 de febrero de 1983, 20 de junio y 19 de diciembre de 2008).

C)    Ámbito de aplicación

El derecho a no ser molestado constituye una manifestación *pro libertate* de los derechos fundamentales por ensanchar su espacio de protección a lesiones de baja intensidad que no alcanzan el rango usual de vulneraciones. Las incomodidades posibilitan la extensión de las garantías constitucionales a los actos continuados, sucesivos, periódicos que no implican una transgresión “convencional” de los derechos fundamentales <sup>25</sup>. A la ampliación del campo de las molestias contribuye la evolución de las relaciones de vecindad, el reconocimiento de un derecho a bienestar y calidad de vida y el impacto de las nuevas tecnologías <sup>26</sup>. Las molestias presentan una dimensión subjetiva, individual y colectiva, con desigual nivel de admisión y tolerancia según los derechos fundamentales afectados <sup>27</sup>.

En concreto, las injerencias en el derecho fundamental del honor aparecen subordinadas al sentimiento y estimación de la propia persona <sup>28</sup>; respecto a la inviolabilidad del domicilio *no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la*

---

<sup>25</sup> En opinión de Pérez Luño, A., Dilemas actuales de la protección de la intimidad <https://isegoria.revistas.csic.es> › download,

pág. 60, “Esas aspiraciones se hallan plenamente justificadas si se tiene presente que la intimidad es el derecho fundamental con mayor número de modalidades de eventual transgresión y uno de los que cuenta con mayor cantidad de víctimas reales o potenciales. Baste recordar que, en algunas investigaciones recientes sobre el asalto informático a las libertades, se han llegado a enumerar hasta cuatrocientos tipos de posibles violaciones de la privacidad”.

<sup>26</sup> “Corresponde ante todo a la jurisdicción ordinaria asegurar, en los procesos de los que conozca, un ponderado equilibrio entre las posiciones subjetivas que busquen ampararse” (SSTC 43/1991, de 1 de julio, FJ 2; 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 41/2011, de 11 de abril, FJ 4).

<sup>27</sup> Según Pérez Luño, “Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad...”, cit., pág. 60, “los 21 millones de ciudadanos españoles, inmediata o potencialmente, agredidos en su vida privada abren una brecha en la inconsciencia cívica y política sobre los peligros que hoy acechan al ejercicio del derecho a la intimidad”.

<sup>28</sup> Sobre la trascendencia o exteriorización, estimación de los demás respecto a nuestra dignidad, vid., SSTC de 22 de julio de 2008 y 17 de febrero de 2009).

*persona y de esfera privada de ella*, incluso frente a actos sin gravedad o amparados en licencias administrativas <sup>29</sup>; en la libertad de expresión influye el carácter privado o público del sujeto, siendo más amplia la esfera de intimidad de los ciudadanos normales que la de los personajes públicos y de quienes renuncian voluntariamente en las redes o a cambio de contraprestaciones. El Tribunal Constitucional reconoce que **el derecho a la intimidad del político tiene distinta extensión que el del ciudadano de a pie**, pues quien tienen atribuido el ejercicio de funciones públicas es personaje público en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones pueden estar sometidas al escrutinio de los ciudadanos los cuales tienen un interés legítimo a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En estos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art.18.1 (SSTC 148/01 y 232/02, entre otras). Por consiguiente, la libertad de expresión **puede molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige**" (SSTC 6/2000, de 17 de enero ; 49/2001, de 26 de febrero y 181/2006, de 19 de junio, SSTC de 31 de enero de 2008 y 25 de febrero de 2008). Como manifestación de pensamientos e ideas, este derecho comprende la "crítica de la conducta de otro, **aun cuando sea desabrida** pues "así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43) <sup>30</sup>. La necesidad de asumir las molestias causadas en el ejercicio de la libertad de expresión, resultan de su alcance como derecho fundamental clave de una sociedad democrática. Si bien con exclusión de los abusos y extralimitaciones que afecten al honor, dignidad o reputación profesional, pues "el art. 20.1 a) CE no permite un derecho al

---

<sup>29</sup> Según la STC de 29 de abril de 2003, tampoco las "autorizaciones" administrativas para desarrollar una determinada actividad que resulte perjudicial para este ámbito eximen o justifican per se la intromisión.

<sup>30</sup> Entre otras, la STS 199/2009, 18 de marzo de 2009 señala que "las expresiones que constituyen simples excesos verbales quedan disminuidas en su intensidad en cuanto se enmarcan dentro de un determinado contexto" (STS de 18 de septiembre de 2008).

insulto, incompatible con la norma fundamental" (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 174/2006, de 5 de junio...".

En términos similares, los derechos de reunión y manifestación como representativos de cualquier democracia, exigen un nivel de tolerancia superior hacia las perturbaciones y cierto grado de desorden en el desarrollo de la vida cotidiana (cortes de tráfico, corte de calles, megafonías...) que conlleva su ejercicio<sup>31</sup>. Por lo que el derecho de manifestación en conflicto con el derecho a no ser molestado "tiende a prevalecer por su condición vertebradora del Estado democrático por ser una proyección colectiva de la libertad de expresión efectuada través de una asociación transitoria de personas que opera de manera instrumental al servicio del intercambio o exposición de ideas, defensa de intereses, publicidad de problemas y reivindicaciones" (STC 301/2006). Según la Jurisprudencia constitucional "es un derecho de especial importancia en un Estado Social y Democrático de Derecho, como expresión del principio de democracia participativa, pues para muchos grupos sociales es uno de los pocos medios de los que disponen para expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones" (STC 301/2006 y 236/2007) <sup>32</sup>. No obstante, los escraches

---

<sup>31</sup> "En ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes es importante que los poderes públicos hagan gala de cierta tolerancia ante concentraciones pacíficas, con el fin de que la libertad de reunión no carezca de contenido, incluso en aquellos casos en que no ha sido comunicada previamente a la autoridad competente" (STEDH 5 marzo 2009 Baraco contra Francia, STEDH de 17 de julio de 2008, Achouguian contra Armenia; STEDH 5 diciembre de 2006; Oya Ataman contra Turquía). "El derecho de reunión o manifestación, siendo un derecho individual de ejercicio colectivo no incluye en su objeto los fines ilícitos (STC 66/85 y art. 1 LO 9/83), y cuando tal ilícito es un delito, la propia reunión o manifestación es delictiva (art.513 CP). El derecho de manifestación y el escrache, como una de sus formas, no amparan el insulto, la amenaza o la coacción". "El derecho de reunión o manifestación, siendo un derecho individual de ejercicio colectivo no incluye en su objeto los fines ilícitos (STC 66/85 y art. 1 LO 9/83), y cuando tal ilícito es un delito, la propia reunión o manifestación es delictiva (art.513 CP). El derecho de manifestación y el escrache, como una de sus formas, no amparan el insulto, la amenaza o la coacción".

<sup>32</sup> Destaca Preciado Domenech, H., "Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos y garantía de los

plantean un complicado deslinde entre el ejercicio de este derecho fundamental y las molestias generadas que, por su reiteración o gravedad, pueden provocar una situación de acoso <sup>33</sup>.

De igual modo, el derecho fundamental a tutela judicial efectiva puede ejercitarse abusivamente por su titular y causar no sólo indefensión sino también molestias como consecuencia de una mala fe procesal. Para Muñoz Aranguren “la instrumentalización deliberada y espuria del proceso o, simplemente, por carecer la pretensión procesal del más mínimo fundamento (ausencia de *iusta causa litigandi*), se incardinará en el art. 7.2 CC, desencadenándose la correspondiente obligación indemnizatoria, en estos casos, el perjudicado no suele alegar la vulneración de un derecho fundamental como fuente de la responsabilidad civil que exige, sino que fundamenta su reclamación exclusivamente en los arts. 7.2 y 1902 CC (bien como responsabilidad civil derivada del abuso de derecho, bien en el ejercicio de una acción de responsabilidad aquiliana pura)”. Las molestias intrínsecas al procedimiento mediante dilaciones o retrasos indebidos, constituyen con frecuencia una estrategia procesal de las partes pese al derecho a que la causa judicial sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/05, de 20

---

derechos digitales”, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, “Toda manifestación o reunión en un lugar de tránsito público ocasiona cierto grado de desorden en el desarrollo de la vida cotidiana y ciertas molestias, como cortes de tráfico, corte de calles, megafonías...., pero en ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes es importante que los poderes públicos hagan gala de cierta tolerancia ante concentraciones pacíficas, con el fin de que la libertad de reunión no carezca de contenido”.

<sup>33</sup> Vid., Preciado Domenech, H., “Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos y garantía de los derechos digitales”, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, para quien “el escrache ante el domicilio de un cargo público, no limita la libertad de voto del político, ni restringe el derecho su derecho a no ser molestado y a ser dejado en paz o su derecho de intimidad o al honor más allá de lo estrictamente necesario para ejercer el derecho de manifestación, pues no olvidemos que la intimidad en el caso de personajes públicos es de menor alcance, dado que ellos mismos han decidido renunciar a parte de esa intimidad para ejercer el poder que afecta a sus conciudadanos y deben soportar críticas tanto más duras cuanto mayor es su posibilidad de ejercer el poder e influir en la vida de sus conciudadanos”.

de diciembre). Paralelamente, las dificultades para determinar si los retrasos entran dentro de un plazo razonable o bien se debe a déficits estructurales de la Administración de Justicia, complican la demostración relativa a la vulneración del derecho fundamental por dilaciones indebidas <sup>34</sup>. Especialmente en los procesos judiciales complejos donde las paralizaciones imputables a los órganos judiciales están justificadas y en consecuencia también las molestias que se derivan (SAP de Murcia 31/2011, de 27 de enero).

Por último, las nuevas tecnologías constituyen una fuente de molestias en la actualidad a través de los riesgos asociados a la pérdida de privacidad y brechas en la seguridad de protección de datos. Según Martí de Gidi, *la revolución tecnológica desarrollada en las últimas décadas y sus manifestaciones en la sociedad de la información, potencian las posibles intromisiones en nuestra vida privada e intimidad, por lo que es necesario regular en nuestro país, tanto a nivel constitucional como en la legislación civil estos derechos, para proporcionarles la debida protección, acorde con la época que nos ha tocado vivir.*

Desde un punto de vista normativo, la legislación sobre desconexión digital regula las intromisiones de las nuevas tecnologías en la privacidad de los trabajadores y un derecho a no ser molestado en el tiempo libre sin intromisiones de la empresa. Si bien la autonomía privada favorece cesiones, renunciaciones y transacciones por los titulares de derechos fundamentales y la

---

<sup>34</sup> “El Alto Tribunal admite que “siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda tener obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las «dilaciones indebidas» son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el «plazo razonable» es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS de 23 de mayo y 20 de septiembre de 2003).

sumisión a cláusulas abusivas mediante políticas de privacidad. La pérdida de control sobre la privacidad en el ámbito virtual puede desembocar en molestias mediante vulneraciones de baja intensidad o graves de derechos fundamentales, objeto de análisis en un epígrafe posterior <sup>35</sup>.

#### 2.1.4. *Efectos constitucionales de las molestias*

Entre los efectos de las molestias destacan daños o perjuicios físicos, psicológicos y morales como en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales y la consiguiente necesidad de evaluar su gravedad para determinar la indemnización y responsabilidad.

Respecto del daño moral se identifica con “un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (Nogueira)” <sup>36</sup>. En relación a las molestias se desarrolla en la Jurisprudencia ordinaria (SSTS de 27 de julio de 2006, 28 de febrero y 3 de octubre de 2008, 12 de mayo de 2009, 30 de abril de 2010 y 23 de octubre de 2015, «no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales”, SAP de Lleida de 15 de septiembre de 2000 sobre el

---

<sup>35</sup>Saldaña, N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica...”, cit., derecho a la privacidad como el poder de controlar el flujo de información personal y como el derecho a decidir cuándo, cómo y en qué medida la información personal es comunicada a otros, proceso de autodeterminación personal que ha de integrarse asimismo en los procesos comunicativos y participativos en los que interviene el individuo, afirmándose que el principal atributo de un efectivo derecho a la privacidad es la capacidad de la persona de controlar el flujo de información que le concierne.

<sup>36</sup> Para Nogueira Alcalá, H., “El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 4, Nº 2, 1998, “la simple frustración del cumplimiento de un contrato genera, por sí misma, disgusto, aflicción, malestar, desazón, indignación, angustia o ansiedad. El daño moral es indemnizable debe consistir en sufrimiento, zozobra y padecimiento y no en una mera incomodidad ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato”.

ataque al sosiego y la tranquilidad como daño moral<sup>37</sup>.)<sup>38</sup>; y en la doctrina constitucional (STC 1994/496, de 9 de diciembre *"la angustia y la ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud..."*). En contra se manifiesta la STS de 31 de mayo de 2000 señalando que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo»<sup>39</sup>. Sin embargo, no exige un perjuicio efectivo y real para que adquieran relevancia jurídica sino un riesgo *a la salud física o psíquica de quienes lo padecen siendo suficiente un peligro potencial para ella* (STS 31 de mayo de 2000)<sup>40</sup>.

Desde el punto de vista de la responsabilidad se aplica en las relaciones privadas o de vecindad (artículo 7.2 Cc) y se extiende a la esfera administrativa

---

<sup>37</sup> La jurisprudencia considera como daño moral “el impacto o sufrimientos psíquico o espiritual (STS 23 de julio de 1990 la impotencia, zozobra, ansiedad, angustias, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS 21 de enero de 1998).

<sup>38</sup> Según la STS de 5 marzo 2012 “todos los intentos de solución de estas molestias queden en vano y se tenga que recurrir a la vía de la interpelación judicial, lo que demuestra que las altas cifras de litigiosidad que viven los juzgados de primera instancia exigen y precisan de la efectividad de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y que puedan resolverse este tipo de conflictos de una forma extrajudicial, o que incluso habiéndose judicializado pueda el juez derivarlos a la mediación por la vía que el art. 4 reformado por esta Ley 5/2012 le permite”. “Sería aconsejable que las Administraciones Públicas promovieran mesas o foros de participación ciudadana para la gestión de conflictos sociales derivados del exceso de locales de ocio nocturno o por el funcionamiento de actividades que generen molestias de convivencia graves y continuadas” (Decálogo de los Defensores del Pueblo contra el ruido).

<sup>39</sup> Las emisiones sonoras que alcancen un determinado nivel y sean susceptibles de provocar perjuicios considerables a la salud de los ciudadanos deben obtener el amparo constitucional por vulneración del art. 15 de la Constitución Española, por implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral” (STC 16/2004, de 23 de febrero).

<sup>40</sup> En la STEDH de 12 de diciembre de 1994 se acordó una indemnización por el daño moral «innegable que había sufrido al soportar tanto «las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedentes de la depuradora» como «la angustia y la ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud de su hija se resentía».

incluso en los supuestos de licencias concedidas por poderes públicos, considerando que dicha habilitación no convalida las consecuencias perjudiciales derivadas de las molestias <sup>41</sup>.

En suma, la naturaleza jurídica del derecho a no ser molestado se debate entre un derecho subjetivo o fundamental, aunque su eficacia se aproxima a esta última configuración. Respecto de una modalidad como es el derecho al silencio, M. Aragón afirma que “no es, en puridad, un derecho fundamental, y que su asunción por parte del Tribunal Constitucional solamente es posible realizando una «interpretación insostenible» del artículo 10.2 CE, precepto que no permite ni incorporar nuevos derechos ni forzar la naturaleza de los constitucionalmente declarados”<sup>42</sup>. No obstante, la transversalidad de las molestias en determinados derechos fundamentales mediante el proceso de ecologización de los mismos y la actual posición del TC proclive al reconocimiento de un derecho fundamental de autodeterminación (v.gr. aborto y eutanasia) como base legitimadora para ampliar el catálogo de derechos, argumentan la fundamentalización de las molestias. En la práctica jurisprudencial, sin necesidad del reconocimiento de un derecho fundamental autónomo, su condición de derecho derivado de otros como la intimidad, integridad física o psíquica, la inviolabilidad de domicilio y la salud, justifican la interpretación y aplicación plena de las garantías previstas para estos últimos.

---

<sup>41</sup> La SAP de Cáceres de 21 de noviembre de 1996 afirma que “la licencia administrativa en nada incide en vía de jurisdicción civil para acordar lo pertinentes por los tribunales sobre el resarcimiento económico o el cese de la actividad causante del menoscabo o la adopción de medidas paliativas de dicha actividad, a fin de no producir molestias, y es que no puede ignorarse que la existencia de licencia... no excluye ni evita una eventual responsabilidad civil sustantiva”.

<sup>42</sup> Vid., Matía Portilla, F.J., “Hay un derecho fundamental al silencio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril (2012), págs. 363.

## 2.2. La evolución constitucional del medio ambiente

### 2.2.1. *Preámbulo*

La transversalidad del medio ambiente analizada en el apartado anterior a propósito de las molestias, plantea el desarrollo y superación de su status constitucional minimizado a principio rector de las políticas públicas. La progresiva juridificación ambiental contribuye en la práctica la derogación tácita del artículo 45 CE y cuestiona la viabilidad de su configuración como derecho fundamental.

Como hipótesis previa se aborda el proceso evolutivo del medio ambiente, desde un perfil de baja constitucionalización hasta su integración en el campo de los derechos humanos. Su dimensión vehicular para el ejercicio y protección de derechos fundamentales implica que el medio ambiente constituye un bien constitucionalmente protegible y representa un interés superior ponderable en la resolución de conflictos <sup>43</sup>. En la actualidad, *la perspectiva ambiental* deriva de su relevancia como principio informador del orden jurídico-constitucional con preferencia incluso sobre la legalidad vigente<sup>44</sup>.

### 2.2.2. *Evolución del derecho ambiental*

La *vis expansiva* del medio ambiente refleja la transición desde una normativa predominantemente de *soft law* como materia de responsabilidad

---

<sup>43</sup> A propósito, Canosa Usera, R. “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 94 (1996), pág. 85. “Por eso hablamos de derecho constitucional de estructura abierta, porque el artículo 45.1 contiene, pues, un esbozo de derecho subjetivo (32), un rótulo sin contenido que ha de llenar el legislador. Un derecho de libre desarrollo de la persona en un medio ambiente adecuado”.

<sup>44</sup> Según Canosa Usera, R. “Aspectos constitucionales del derecho ambiental...”, cit., pág. 87, “en el juego entre desarrollo económico e interés medio-ambiental no prevalece ninguno (86). Determinar hasta dónde alcanza la obligatoriedad de los principios ambientales nos adentra en un terreno de difícil precisión”.

social, hacia una regulación coercitiva. Su vinculatoriedad presenta una dimensión multidisciplinar que se manifiesta en el ámbito civil a través de las molestias, en el derecho administrativo por la obligatoriedad de los planes o programas ambientales o en la necesidad de evaluación previa del impacto ambiental, y en la esfera penal mediante la tipificación de delitos <sup>45</sup>. Sin perjuicio de la eficacia constitucional del medio ambiente como derecho a la protección frente al ruido, la contaminación atmosférica, la insalubridad o molestias en general, entre otros aspectos <sup>46</sup>.

Al respecto ciertos riesgos ambientales “inherentes a la vida en las ciudades modernas” habrían de soportarse por entrar dentro de “lo inevitable” según STEDH de 9 de junio de 2005, aunque sin excluir la gravedad de la contaminación difusa con efectos lesivos en derechos fundamentales <sup>47</sup>. Así se reconoce por un Tribunal británico confirmando las consecuencias diferidas de

---

<sup>45</sup> La Sentencia C-595 de 2010, “indica que nuestra Constitución permite inferir lógicamente la posibilidad de tomar el medio ambiente como un bien susceptible de protección en sí mismo; Sentencia C-632 de 2011, sobre la naturaleza no debe concebirse de manera reduccionista como el ambiente y el entorno de los seres humanos sino como un sujeto de derechos propios, que como tal, merece protección; según Sentencia C-123 de 2014 los elementos integrantes del medio ambiente son susceptibles de protección en sí mismos; y tal deber de protección opera con independencia de que sean factores necesarios para la vida humana. Es categórica la corte constitucional en afirmar que la protección del medio ambiente supera con creces una cosmovisión estrictamente utilitarista”.

<sup>46</sup> Para Canosa Usera, R. “Aspectos constitucionales del derecho ambiental...”, cit., pág. 97, “el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona es uno de los presupuestos que, junto con el bienestar económico y el disfrute de los derechos constitucionales, conforman la calidad de vida. Podemos ordenar así la secuencia: dignidad, calidad de vida, medio ambiente, toda ella compuesta por nociones normativas a las que se debe llenar de contenido y clasificar”.

<sup>47</sup> Según Carrillo Donaire/Galán Vioque. “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? (Comentario en torno al asunto López Ostra c. España, resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994”, *Boletín de Actualidad Jurídica Aranzadi* 178 (1994), pág. 277, “el TEDH corrigió en este asunto el criterio cuantitativo de la Comisión, que determinaba la violación del derecho a la inviolabilidad en función de la intensidad de las molestias, sosteniendo otro cualitativo en el que sólo va a tener en cuenta si el Estado, en ejercicio del margen de apreciación que le reserva el Convenio, había adoptado las medidas positivas requeridas por las circunstancias del caso”.

la polución ambiental con resultado de muerte (*caso de Ella Kissi-Debrah, 2020*)<sup>48</sup>.

### *2.2.3. Categorización del medio ambiente*

La determinación del rango jurídico atribuible al medio ambiente se presenta como una labor compleja por su posible naturaleza poliédrica como valor, principio y derecho. En la realidad jurídica adopta la condición de valor tácito equiparable con la libertad, igualdad o justicia, posición ha trascendido al Estatuto de Autonomía de Cataluña al regular la sostenibilidad junto a los principales valores autonómicos (artículo 4 EA). Paralelamente el medio ambiente puede considerarse un principio informador del ordenamiento jurídico que prevalece sobre la normativa aplicable, incluso sobre la literalidad de la propia Constitución. A nivel internacional destaca la admisión de un derecho humano ambiental por las Naciones Unidas mediante la Resolución 48/13, pues el fenómeno de la globalización implica la necesidad de conservación más allá de las fronteras nacionales. De otra parte, numerosas Constituciones regulan un derecho fundamental al medio ambiente, mientras en España se ha verificado la mutación constitucional de principio rector de políticas por la vía de hecho mediante la denominada “ecologización de los derechos fundamentales” impulsada por el TEDH (Sentencia del TEDH de 10 de mayo de 2022, demanda 47987/15, Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 2021, demandas 19925/12 y 47532/13). Este proceso implica una fundamentalización indirecta del medio ambiente por la vía del ejercicio de determinados derechos como la intimidad, la integridad física o psíquica y la inviolabilidad de domicilio<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> La Agencia Europea del Medioambiente calculó en su última actualización de noviembre de este año que en España se producen más de 30.000 muertes prematuras al año por la contaminación atmosférica.

<sup>49</sup> La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencias de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, § 51, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia, § 60.

#### 2.2.4. *Hacia un derecho fundamental al medio ambiente*

El reconocimiento de un derecho fundamental al medio ambiente se manifiesta por la implicación de bienes constitucionalmente protegidos y la integración en el contenido esencial de otros derechos fundamentales referidos<sup>50</sup>.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional admite que los derechos fundamentales conectan con bienes jurídicos protegidos por otros derechos. En particular el derecho a la intimidad personal y familiar aparece enlazado a la dignidad de la persona, al desarrollo de la libre personalidad, al derecho de los demás y al medio ambiente a través de la calidad de vida <sup>51</sup>. En la jurisprudencia constitucional se protege “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (SSTC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 y de 29 de septiembre de 2011 STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). Para Simón Yarza la cuestión definitiva es hasta qué punto la calidad de vida ambiental constituye un objeto apropiado del contenido justiciable de los derechos fundamentales (Simón Yarza 2012, 24) <sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid., Restrepo Tamayo y Hurtado, S. y Vásquez L. “El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia”. *Revista de Bioética y Derecho* 52 (2021) <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31986> . “Un derecho fundamental se edifica a partir de cuatro condiciones: (i) declaración normativa que defina al derecho como derecho fundamental; (ii) declaración de un sujeto, más allá de la especie humana, como titular de un derecho fundamental; (iii) reclamación de atributos materiales expresados en la conducta de dar, hacer o no hacer y, (iv) asegurar mediante tal atributo material la realización y salvaguarda de una esfera básica de dignidad, supervivencia o autodeterminación”.

<sup>51</sup> Para Canosa Usera, R. “Aspectos constitucionales de Derecho Ambiental”, cit., pág. 92, “la calidad de vida y el medio ambiente son dos conceptos distintos, pero el medio ambiente adecuado es condición imprescindible para la calidad de vida”.

<sup>52</sup> Destaca Canosa Usera, R., “¿Existe un verdadero derecho constitucional...”, cit., pág. 162. “La vida es un bien absoluto, la calidad de vida y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona son más bien desiderata, bienes jurídicos relativos cuyo disfrute pleno no puede

La trascendencia constitucional del medio ambiente resulta especialmente de la vulneración de derechos fundamentales mediante daños graves en bienes e intereses constitucionales y también difusos prolongados en el tiempo. En relación a la gravedad, se requiere que la lesión del derecho fundamental adquiera una intensidad insoportable e inevitable. En este sentido, la STEDH de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra Reino de España, § 53), afirma que la vulneración grave puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo”. De otra parte, la jurisprudencia constitucional (STC 16/2004, de 23 de febrero) admite que las emisiones que alcancen un determinado nivel y sean susceptibles de provocar perjuicios considerables a la salud de los ciudadanos deben obtener el amparo constitucional por vulnerar el artículo 15 CE.

Al margen de la gravedad, se exige que la lesión del derecho fundamental sea reiterada, prolongada y probada, sin que por tanto sea suficiente la infracción de la legalidad. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional confiere protección frente a la denominada contaminación difusa cuyos efectos se propagan en el tiempo, dificultando la relación de causalidad y la prueba del daño (SSTC 112/2021, de 13 de mayo de 2021).<sup>53</sup>

Paralelamente la fundamentalización del medio ambiente puede verificarse por la vía de su integración en el contenido esencial de numerosos derechos fundamentales <sup>54</sup>. Ese núcleo intangible se identifica con "aquella parte que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de

---

realizarse de inmediato ni es, por tanto, exigible ante los Tribunales. En este marco también se produce solapamiento con el derecho a la protección de la salud, otro de los que se regula en el capítulo III del Título I de la Constitución (art. 4 CE)”.

<sup>53</sup> Según la última STC citada habría de atenderse al concepto de contaminación difusa, en el que la responsabilidad no es un instrumento adecuado (Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental presentado por la Comisión Europea).

<sup>54</sup> Señala Simón Yarza, F. “El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 94 (2012), pág.175, “el medio ambiente tiene una naturaleza *iusfundamental* relacional, en la medida en que aparece vinculado con otros bienes jurídico-fundamentales”.

aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga” (STC 11/1981, de 28 de abril). En concreto “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decir así. Se puede (...) hablar de una esenciabilidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”<sup>55</sup>.

En base a esta jurisprudencia puede reconocerse un contenido esencial ambiental de derechos fundamentales imprescindible para garantizar los intereses protegidos. La vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales (intimidad, domicilio, integridad física o psíquica) por causas ambientales determina que “el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (STC 11/1981, de 28 de abril).

Ahora bien, la ecologización de los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial plantea la admisibilidad de un derecho fundamental al medio ambiente autónomo. En principio, la afinidad y reciprocidad entre medio ambiente y derecho a la salud pueden argumentar una evolución similar desde su naturaleza como principio rector hasta su normalización como derecho fundamental independiente<sup>56</sup>. Si bien la jurisprudencia constitucional

---

<sup>55</sup> La SAP de Málaga 139/2020 de 13 de marzo, en relación con la STS de 20 de octubre de 2008, el art. 33 de la Constitución Española reconoce al derecho a la propiedad privada un núcleo esencial, de manera que el régimen de los bienes, es decir, las facultades del propietario, no puede privarle de la efectiva utilidad económica, ni de la autonomía de la voluntad para usar, gozar y disponer de ellos (...). Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo siempre ha advertido que las limitaciones a las facultades del propietario deben constar de forma expresa en el título constitutivo.

<sup>56</sup> Según la Sentencia T-092 de 1993 “el derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el

admite que el artículo 10.2 CE no trata de la incorporación de derechos fundamentales al catálogo constitucional sino de la interpretación internacional de derechos fundamentales <sup>57</sup>.

En base a esta doctrina no puede crearse *ex novo* un derecho fundamental al medio ambiente sino concretar el contenido de los derechos como facultades garantías o posiciones jurídicas no explicitadas en el texto constitucional, pero que se hacen derivar de su relación con un derecho fundamental. Así la STC de 29 de septiembre de 2011 reconoce que “la Constitución española no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), por lo que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”.

En principio, un derecho autónomo al medio ambiente resultaría impracticable al tener por objeto un bien de carácter colectivo, aunque el medio ambiente presente relevancia iusfundamental (Simón Yarza, 2012, 123) <sup>58</sup>. Al respecto, Canosa Usera considera que *el derecho al entorno se superpone al contenido de otros derechos y los medios de protección de éstos sirven, subsidiariamente, como vías de tutela de aquél. Esto explica que las vías jurisdiccionales de protección del derecho ambiental sean tan numerosas y variadas, porque una pretensión fundada en otro derecho sirve, además, para*

---

medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental”.

<sup>57</sup> Considera la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2011 que “lo contrario implica una incorporación encubierta de nuevos derechos fundamentales a nuestro sistema constitucional ...o cuanto menos una radical alteración del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 18.1. y 2 CE. La dimensión constitucional del derecho frente al ruido se relaciona con los principios rectores de los artículos 43, 47 y 45.1, que en ningún caso son derechos fundamentales susceptibles de protección por la vía del recurso de amparo”.

<sup>58</sup> Al respecto, Simón Yarza, F., “El llamado derecho al medio ambiente...”, cit., pág. 167.

*tutelar pretensiones ambientalistas individuales* <sup>59</sup>. Sin embargo, en el actual contexto, los argumentos del Tribunal Constitucional respecto a un nuevo “derecho fundamental de autodeterminación” a propósito del aborto y la eutanasia, posibilitan la construcción de un derecho fundamental al medio ambiente como culminación del proceso de ecologización y de la reciente jurisprudencia internacional que se refiere a continuación.

- A) La influencia de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021.

La problemática del cambio climático a nivel mundial ha impulsado la judicialización y el afianzamiento de un derecho fundamental al medio ambiente en el plano internacional.

En esta línea, la STC alemán de 24 de marzo de 2021 sobre cambio climático contribuye a un salto cualitativo en el sistema constitucional europeo desde una perspectiva ambiental <sup>60</sup>. La imprevisión de la reducción de emisiones a partir del 2030 se interpreta como una grave desprotección de derechos fundamentales imputable al legislador frente a la crisis climática.

Entre sus principales fundamentos jurídicos prevalece el reconocimiento de las generaciones futuras como titulares para salvaguardar sus derechos fundamentales <sup>61</sup>. De este modo, el Alto Tribunal alemán sorteaba el obstáculo para

---

<sup>59</sup> Sin duda el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) (40) amparan el mínimo ambiental exigible y pueden, en consecuencia, exigirse la tutela de los mismos desde una perspectiva ambientalista. No obstante, es cierto también que no todo el supuesto contenido del derecho al entorno cabe en el derecho a la vida porque el primero evoca un ambiente óptimo, la calidad de vida, para el desarrollo de la persona y el derecho recogido en el artículo 15 CE protege un mínimo vital, aunque de la forma más enérgica que prevé el Ordenamiento (Canosa Usera, “¿Existe un verdadero derecho constitucional...”, cit. pág.175).

<sup>60</sup> Vid., Ruiz Prieto, M. “Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica INAP* (2022), pág. 89.

<sup>61</sup> Vid., Solozábal Echevarría, J., “Medio ambiente y derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 99, septiembre-diciembre, 2013, “ni que decir tiene

la legitimación en procesos ambientales, amparándose en las catastróficas consecuencias del cambio climático. Con esta finalidad, recurre a una interpretación intemporal y prospectiva que trasciende la realidad social del contexto en que las normas han de ser aplicadas <sup>62</sup>. La protección diacrónica de los derechos fundamentales implica la incorporación de las generaciones futuras como titulares de los mismos, que en la reciente legislación española se ha ampliado al reconocimiento de personalidad jurídica incluso a la laguna del Mar Menor (STC 142/2024, de 20 de noviembre de 2024).

Paralelamente se admite una lesión *iusfundamental* sin daño, basando la relación de causalidad en el principio ambiental de precaución y la vulneración de derechos en un *periculum in mora* <sup>63</sup>. Desde esta perspectiva, la admisión de una obligación *iusfundamental* presentaría como reverso la existencia de un derecho fundamental por incumplimiento de los deberes de protección del legislador, incluso por *periculum in moram* cuando las

---

que, por su parte, en la teoría constitucional, sea desde la idea del Estado social o el reconocimiento de la dignidad de la persona, se asume la relevancia justificadora del medio ambiente en cuya preservación han de empeñarse los poderes públicos. Además, podría pensarse, las cláusulas constitucionales sobre el medio ambiente presentan una dimensión estabilizadora evidente, en cuanto suponen un compromiso de respeto del patrimonio ambiental recibido del que las generaciones actuales no pueden disponer. No es cierto, o no lo es del todo, como dijera Jefferson, cuya invocación figura en la primera página de esta monografía, que la tierra pertenezca a las generaciones vivas”.

<sup>62</sup> Para Canosa Usera, R. ¿Existe un verdadero derecho constitucional...”, cit., pág. 174, “la realidad de cada momento histórico, con sus cambios, afecta, sin duda, a la interpretación jurídica; cuando ésta considera los intereses en juego, para ponderarlos, se ve obligada a reparar en esa realidad para regularla a su vez...”.

<sup>63</sup> Según Solozábal Echevarría, J., “Medio ambiente y derechos...”, cit., pág. 23, “de la idea social del Estado y el reconocimiento de la dignidad humana. Sin duda no cabría una vida digna en unas condiciones ambientales deterioradas, de modo que podría hablarse de un «mínimo existencial ecológico», como tarea irrenunciable de la forma política constitucional. Otra cosa es que exista un derecho constitucional al medio ambiente, esto es, la «protección de la naturaleza» o «al medio ambiente como tal», lo cual es insostenible, debido a que tendría por objeto un bien de carácter colectivo. Según Simón, puesto que el medio ambiente es un bien colectivo que trasciende el interés de cada individuo, no es apropiado hacerlo globalmente objeto de un derecho subjetivo”.

obligaciones de precaución son inadecuadas, insuficientes o inferiores al objetivo de tutela.

El riesgo potencial de vulneración masiva e irreversible del medio ambiente exige garantías iusfundamentales para la protección de derechos humanos <sup>64</sup>. La inacción del legislador resulta insostenible desde una perspectiva ambiental constitucionalizándose las obligaciones de derecho internacional y legitimándose el poder judicial para exigir el cumplimiento forzoso de la función legislativa <sup>65</sup>.

No obstante, a diferencia de las garantías previstas para los derechos fundamentales, no se exige un test de proporcionalidad en la resolución del conflicto sustituyéndose por un automatismo justificado en la supremacía del medio ambiente. La innecesaria ponderación entre desarrollo económico y protección del medio ambiente deriva de los efectos devastadores del cambio

---

<sup>64</sup> Destaca Solozábal Echevarría, J., “Medio ambiente y derechos...” cit., “La imposibilidad de construir el derecho al medio ambiente como derecho fundamental (si no se entiende, como yo más bien tiendo a creer, que es inconsecuente rechazar un derecho constitucional al medio ambiente y admitir su configuración legal, pues en tales casos varía el rango normativo del derecho pero la pretensión en que éste consiste se refiere a un bien, que sigue siendo colectivo) no significa dejar sin guarda al medio ambiente, que Simón prefiere llevar a efecto utilizando la categoría de los deberes de protección *iusfundamentales*. No habría derecho individual constitucional al medio ambiente, pero sí que el cuidado del medio ambiente, normalmente a cargo del legislador con independencia del contenido medioambiental que pudiesen tener determinados derechos fundamentales, tendría una relevancia *iusfundamental*”.

<sup>65</sup> “El procedimiento judicial se inició con una demanda ante el Tribunal Supremo contra la inactividad de la Administración, que incumplió la obligación prevista en el Reglamento (UE) 2018/1999, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, de aprobar un Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) y una Estrategia a Largo Plazo (ELP) antes de 2020. A propósito, vid., Solozábal Echevarría, J., “Medio ambiente y...”, cit., pág. 452 “Considero luminoso el tratamiento de algunos extremos en relación con la jurisprudencia de Estrasburgo, recurriendo, en primer lugar, a la noción de las obligaciones positivas de protección en relación al medio ambiente que tendrían los Estados como alternativa a la utilización de la obligación *iusfundamental* de que habla la doctrina alemana. Se trata, tanto en el caso de las obligaciones *iusfundamentales* como de las obligaciones positivas, de reclamar del Estado no sólo que no interfiera en el ámbito de los derechos, sino de que adopte las medidas necesarias para alcanzar una protección adecuada, principalmente frente a las injerencias de terceros”.

climático<sup>66</sup>. Aunque esta posición prescinde del control de constitucionalidad entre bienes e intereses jurídicos en conflicto, consolidando la supremacía y jerarquización del medio ambiente respecto a los derechos en general.

En sintonía con esta doctrina jurisprudencial, la sentencia de 9 de octubre de 2018 dictada por el Tribunal de Apelaciones de La Haya, también impone un deber de legislar en materia ambiental aún bajo el riesgo de intromisión en las funciones del poder legislativo y a costa de la división de poderes<sup>67</sup>. Sin embargo, una demanda similar a la presentada en Alemania por grupos ecologistas contra el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (Pniec) se ha resuelto por el Tribunal Supremo español como ajustado al derecho y no arbitrario.

Recientemente la STEDH de 9 de abril del 2024, dictada en el caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros contra Suiza, crea un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva frente al cambio climático que abre la vía del recurso de amparo. El Tribunal de Estrasburgo considera que se vulnera el artículo 8 del Convenio cuando se producen estos efectos adversos al no haber adoptado las autoridades las medidas adecuadas para proteger la salud y el medio ambiente, sin que se haya efectuado por los tribunales nacionales una

---

<sup>66</sup> Afirma Canosa Usera, R. ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?, cit., pág. 167, “como quiera que los bienes jurídicos ambientales no son los únicos, pues hay otros en potencial oposición, en cada momento habrá de llegarse al equilibrio que convenga. En efecto, el desarrollo económico y el bienestar, por él proporcionado a los individuos y a la colectividad, también los encontramos institucionalizados y recogidos en la Constitución; son por eso, fines constitucionales. Es más, la calidad de vida incluye el bienestar económico. Por añadidura, el disfrute de no pocos derechos constitucionales puede verse afectado por la protección dispensada al entorno. Es tarea del intérprete determinar, en cada momento, el grado de protección del medio, para que tal protección no menoscabe la debida tutela de otros intereses, también constitucionales. Se precisa una ponderación, tanto más difícil cuanto que se halla sometida a los vaivenes de las aspiraciones sociales, económicas o políticas”.

<sup>67</sup> La sentencia 5 de abril de 2018 del Tribunal Supremo de Colombia ordenó al Ejecutivo, a los gobernadores de diversas provincias y a los ayuntamientos que elaboraran un plan de acción para preservar los bosques y les recordase el deber de proteger la naturaleza y el clima, en nombre de las generaciones presentes y futuras.

ponderación adecuada entre el interés de los demandantes a vivir en un medio ambiente saludable y el interés de la sociedad en su conjunto <sup>68</sup>.

En definitiva, el reconocimiento de un derecho fundamental a la protección efectiva frente a los efectos adversos del cambio climático conduce a la aplicación de las garantías constitucionales. Al margen de la posibilidad de un recurso de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley si “su contenido supone un incumplimiento de los deberes asumidos por los poderes públicos en materia de cambio climático” y del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por los órganos judiciales.

B) El interés superior ambiental

El proceso de constitucionalización del medio ambiente y su configuración como derecho constituye una consecuencia del desarrollo del Estado social. *La creación de nuevos derechos fundamentales no debe pensarse como una alteración a la voluntad del poder constituyente, sino como la realización del Estado Social de derecho y el deber de asegurar que las disposiciones institucionales y sociales operen de conformidad con acercar la realización entre mandato constitucional y realidad social* <sup>69</sup>.

El progreso del Estado social ha contribuido a impulsar la vertiente prestacional pública mediante servicios ambientales y el despliegue de derechos ambientales de diversa naturaleza jurídica. Para reforzar la tutela del medio ambiente conviene aglutinar los intereses y bienes constitucionalmente

---

<sup>68</sup> La mencionada sentencia reconoce que en este tipo de litigios «puede resultar difícil distinguir claramente las cuestiones de Derecho de las cuestiones de política y de opciones políticas y, por tanto, del papel fundamentalmente subsidiario del convenio», pero no descarta que en algunos supuestos, cuando la cuestión afecte a derechos reconocidos en el convenio, «puede no ser ya meramente una cuestión de política o de actuación, sino también una cuestión de Derecho que incida en la interpretación y aplicación del convenio

<sup>69</sup> Vid., Restrepo Tamayo y Hurtado y S. y Vásquez L. “El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia”. *Revista de Bioética y Derecho*, N° 52, 2021, <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31986>.

protegibles bajo el concepto de “interés superior ambiental”. Según Canosa Usera, el derecho ambiental abarca *bienes jurídicos, intereses que poseen hoy autonomía jurídica y teórica se verían absorbidos por la vis atractiva de lo ambiental*.

La aplicación de la perspectiva ambiental plantea su convergencia en un parámetro único de alcance constitucional. La construcción científica de un interés superior ambiental puede contribuir a la resolución de conflictos jurídicos como criterio de ponderación. Para la integración de este concepto deben excluirse elementos que interfieren en su defensa como la sostenibilidad ambiental y reconducirse al interés social presente y futuro <sup>70</sup>. Su delimitación no puede servir *a intereses particulares y cortoplacistas de las generaciones presentes sino a las expectativas futuras, atendiendo permanentemente a los avances de la ciencia* <sup>71</sup>.

El interés es identificable con una legítima expectativa a que el ambiente permanezca en calidades, niveles, concentraciones y estándares que permitan a cada uno de los integrantes de la nación disfrutar y beneficiarse de un medio ecológico apto para las necesidades presentes y futuras (Tisne Niemann 2014, 340). Se distingue entre el interés difuso por ser difícil o imposible la determinación del grupo afectado; el interés colectivo es aquel en que los integrantes del grupo son determinados o fácilmente determinables; y los intereses individuales homogéneos o plurisubjetivos

---

<sup>70</sup> En esta línea, el artículo 4 Ley Administración Ambiental de Euskadi señala que “las actividades encaminadas a la consecución de los fines de esta ley podrán ser declaradas de utilidad pública o interés social, a todos los efectos, y en particular a los expropiatorios respecto de los bienes o derechos que pudieran resultar afectados, de conformidad todo ello con lo que establece la legislación en la materia”.

<sup>71</sup> Simón Yarza, f., “El llamado derecho al medio ambiente...”, pág. 167, “el medio ambiente es un bien colectivo que conecta perfecta y evidentemente con los bienes individuales de las generaciones presentes y futuras, donde está en juego la existencia y el exterminio de la humanidad. Nuestra tesis plantea que independientemente de la teoría personalista de algunos autores, entendemos que los bienes colectivos están vinculados estrechamente a los individuales”.

definidos como aquellos que tienen naturaleza privada pero que accidentalmente se encuentran ligados por un hecho.

El interés superior ambiental puede legitimar el sacrificio de intereses individuales o colectivos y el recurso al ejercicio de acciones procesales para la defensa de estos últimos <sup>72</sup>. Pero aplicación no está exenta de problemática por el riesgo de automatismo que puede eludir el control de constitucionalidad y la ponderación con otros intereses o bienes constitucionales. De igual modo, la admisión de un interés superior ambiental se expone a conflictos competenciales entre el Estado, CCAA y ayuntamientos por la superposición de competencias de gestión o ejecución y la vulneración del principio de autonomía. Así, la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi crea la figura de proyectos de 'interés público superior' que prevalecen sobre los planes ordenación territorial y urbana. Su finalidad es la tutela del "interés general" frente a eventuales "intereses locales particulares", que puedan oponerse a una infraestructura o proyecto que puede resultar beneficioso para el conjunto de la ciudadanía. Si bien la aplicación de un interés superior ambiental puede provocar efectos inconstitucionales en la práctica por infracción de la autonomía local, al subordinar las normativas autonómicas y municipales. Por consiguiente, resulta cuestionable la supremacía de un interés superior ambiental sobre las competencias autonómicas y los principios constitucionales de autonomía (local).

---

<sup>72</sup>Señala Tisne Niemann, J. "Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley 20.600", RDUCN [online], N° 21, 2014, pág. 342, que tanto difusos como colectivos tienen un objeto indivisible por lo que se les considera supraindividual<sup>4</sup>. Aguirrezabal señala que "un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo". Estos intereses en el ámbito procesal tienden a ser observados como nuevos supuestos de situaciones jurídico-legitimantes y, por consiguiente, deben tener un derecho de acción autónomo distinto al del particular individualmente considerado.

### 2.3. La eutanasia como derecho fundamental de hecho

Tras la legalización de la eutanasia emerge una problemática constitucional y bioética que revela las deficiencias, lagunas y conflictos jurídicos sin resolver por la LO 3/2021, de 24 de marzo (LORE). La desprotección de colectivos vulnerables, la huida de las garantías jurídicas convencionales y la lesividad de derechos fundamentales, entre otras razones, fundamentan la dimensión constitucional del derecho a morir. El control jurídico de la eutanasia se enfrenta en la actualidad a su construcción legal como derecho fundamental de hecho.

A raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) surgen interrogantes y conjeturas que mantienen candentes las controversias jurídicas en torno al derecho a morir <sup>73</sup>. Por consiguiente, deben afrontarse los nuevos retos de esta figura derivados de las sombras de inconstitucionalidad, la conflictividad generada entre principios, derechos, intereses y bienes protegibles, así como los riesgos de un deficiente control jurídico <sup>74</sup>. La dimensión constitucional del derecho a la prestación de ayuda para morir deriva de su configuración como derecho social y su impacto en el campo de los derechos fundamentales <sup>75</sup>.

Desde esta perspectiva, como hipótesis de partida, se cuestiona el régimen de garantías legales de la eutanasia, sus lagunas, deficiencias, incoherencias con tratados internacionales y regulaciones autonómicas sobre testamento vital o

---

<sup>73</sup> Al respecto, vid., Martínez Navarro, J. A. (2018). *Los derechos del paciente como usuario del servicio público de salud* (Dir. Pérez Gálvez). *La seguridad del paciente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 235, “el debate en torno a la eutanasia trasciende el ámbito médico, y requiere un profundo análisis tanto desde “*el punto de vista de la bioética como del Derecho*”.

<sup>74</sup> Según Azulay Tapiero, A., “Los principios bioéticos ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal? *Anales de Medicina Interna*, N<sup>o</sup>18, 12, 2001, pág. 651, *lo ético puede no ser legal y lo legal puede no ser ético*.”

<sup>75</sup> Para Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2019). ¿Existe el derecho a morir? *Cuadernos de Bioética*. 30(98), págs. 58 y ss., la moral actual ha pasado a ser legislada y la legislación ha pulverizado toda línea de división entre lo privado y lo público que nos protege.

voluntades anticipadas, la eficacia y adaptación a los criterios de constitucionalidad, entre otros aspectos, con objeto de establecer sus límites constitucionales.

En principio, las dudas sobre su constitucionalidad han sido resueltas favorablemente por la reciente STC de 12 de septiembre de 2023 fundamentada en la voluntad libre y consciente de su titular y el derecho de autodeterminación que conlleva “la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derecho a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad”.

Sin embargo, resulta incongruente que el derecho de eutanasia se base en la autodeterminación privada del titular a salvo de injerencias del Estado mientras se justifica su intervención a efectos prestacionales. Aunque la referida STC argumenta que “en nada obsta a esta conclusión, contrariamente a lo que se sostiene en la demanda, la circunstancia de que el legislador haya optado por configurar la ayuda para morir en este preciso ámbito como un derecho público subjetivo y le haya atribuido, además, carácter prestacional. Ningún impedimento constitucional existe a que el legislador configure como derecho prestacional una actividad que, atendiendo a su concreta configuración, es constitucionalmente lícita”<sup>76</sup>.

### 2.3.1. *La dimensión constitucional de los principios bioéticos*

La progresiva juridificación de los principios bioéticos tiende a su reconversión en parámetros de constitucionalidad y derechos fundamentales<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> La citada sentencia acude a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como principios de mención recurrente, casi como criterio de autoridad constitucional, afirmando que el art. 15 CE comprende un derecho a la autodeterminación relativa a la propia vida, que incluye la decisión de terminar con ella cuando se dan unas circunstancias muy precisas, porque así se deriva del reconocimiento del principio de dignidad (art. 10.1 CE) en conjunción con el principio de libertad (art. 1.1 CE).

<sup>77</sup> Destaca Gutiérrez Samperio, C., “La bioética ante la muerte”, *Gac Méd Méx.*, Nº 137, 3, 2001, pág. 766.

En particular, el principio de autonomía frente a intromisiones e injerencias ha sido incorporado a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea a través del consentimiento libre e informado (art. 3) <sup>78</sup>.

La autonomía del paciente como voluntad de morir se considera una manifestación de la libertad individual, y parte del *agere licere* del sujeto. La libertad personal implica que la persona tiene derecho a autodeterminarse en los distintos ámbitos de su existencia y por lo tanto, también en el de su muerte. El consentimiento informado también se consolida como manifestación de otros derechos fundamentales a la integridad física con el rechazo a intrusiones médicas y a la prohibición de tratos degradantes. La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo (LORE) ha transfigurado el principio de autonomía en un derecho subjetivo a morir, cuestionado desde una perspectiva bioética al no limitarse a los pacientes terminales e incurables y basarse en la injerencia prestacional del Estado, entre otros argumentos <sup>79</sup>.

El principio de beneficencia complementado por el principio de no maleficencia justifica la inaplicación de técnicas de encarnizamiento terapéutico. Su constitucionalización deriva de la conexión con el principio de proporcionalidad, oponiéndose a *la adopción de medidas diagnósticas o terapéuticas, generalmente con objetivos curativos no indicados en fases avanzadas y terminales, de manera desproporcionada, o el uso de medios extraordinarios o de tratamientos no indicados en aquella situación clínica (nutrición parenteral, hidratación forzada) con el objeto de alargar innecesariamente la vida en la situación claramente definida de agonía* <sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Y en la misma línea, la Ley española 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente exige el consentimiento libre y voluntario del afectado para toda actuación médica (art. 8) y se precisa contar con su autorización aún en el caso de que exista riesgo inmediato grave para su integridad física (art. 9).

<sup>79</sup> Recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos de 25 de junio de 1999. (Moreno Antón, 2004:72).

<sup>80</sup>Vid., Taboada, P., “El derecho a morir con dignidad”, *Acta Bioethica*, N° 12, 2000, pág. 53.

Paralelamente la relación con el criterio constitucional de necesidad fundamenta el derecho a morir en situaciones de sufrimiento intolerable del paciente terminal y para evitar un alargamiento innecesario de la vida. Aunque el principio bioético de necesidad se enfrenta a la incongruencia entre la previsión legal de un derecho de ayuda a morir y la ausencia de un derecho a cuidados paliativos en el proceso de la muerte.

Por último, el principio de justicia basado en la idea de dignidad común al ser humano se traduce en una ayuda prestacional sin distinción o exclusiones. Los recursos médicos para asegurar una muerte digna han de asignarse equitativamente evitando desigualdades en la asistencia sanitaria. El cumplimiento de este principio se realiza mediante el derecho a morir con todos los medios de la ciencia médica y un sistema de salud universal para evitar la victimización de los más vulnerables <sup>81</sup>. Sin embargo, el principio bioético de justicia reconducible al derecho de igualdad constitucional permite dudar de la constitucionalidad de la LORE, ante el riesgo de desigualdades entre pacientes de distintas Comunidades Autónomas y la posible discriminación de aquéllos que no reúnen los requisitos subjetivos o presupuestos legales aun cumpliendo el supuesto de hecho <sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Para Herranz, G., *Eutanasia y dignidad del morir*, ponencia en las Jornadas Internacionales de Bioética. Pamplona Universidad, 1999, pág. 98, «los pacientes en estado de coma vegetativo crónico son seres humanos que tienen tanto más derecho al respeto debido a la persona humana cuanto que se encuentran en un estado de gran fragilidad». La relación proporcional directa entre debilidad y dignidad: a mayor debilidad en su paciente, mayor respeto en el médico.

<sup>82</sup> En relación a los cuidados paliativos, su restricción a determinadas áreas sanitarias y a un porcentaje de población como reconoce la *Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL)*, vulnera el principio bioético de justicia ya que *no toda la población se puede beneficiar de estos programas a pesar de ser necesidades básicas para un gran número de personas y no requerir su implantación enormes recursos económicos*.

### *2.3.2. Problemática constitucional de la legislación española de eutanasia*

La fragilidad jurídica de la LORE se manifiesta en aspectos trascendentales como la naturaleza del derecho a morir, la imprevisión de colectivos vulnerables, conflictos de intereses (pacientes, familiares, médicos, centros hospitalarios...), la omisión de garantías convencionales (MF, fedatarios públicos, autoridad judicial, representación legal) y el desajuste con las regulaciones de testamento vital o voluntades anticipadas <sup>83</sup>.

#### A) Restricciones subjetivas en el derecho de ayuda a morir: efectos inconstitucionales

El artículo 4 LORE atribuye el derecho de solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir “a toda persona” exigiendo determinadas condiciones para su reconocimiento. El ámbito subjetivo de la eutanasia legal se fundamenta en la prolongación de la autonomía del paciente a la decisión de morir y la necesidad de consentimiento informado como presupuesto inexcusable <sup>84</sup>. El rigorismo legal se manifiesta en la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, en pleno uso de sus facultades y después de recibir la información adecuada, aunque con determinados efectos excluyentes en la titularidad del derecho a eutanasia.

En particular, la posibilidad de consentimiento por representación no se contempla en la LORE salvo en el otorgamiento previo de testamento vital o

---

<sup>83</sup> Se trata de evitar que la participación de la persona en su propia muerte sea la de un objeto pasivo en manos de la familia, de la técnica o de los especialistas, logrando por el contrario que esa participación sea la de un ciudadano al que han de serle respetados sus intereses y sus valores básicos durante ese proceso de morir. En la tramitación de Ley de Eutanasia, destaca la ausencia del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía, la Organización Médica Colegial, el Consejo General de Enfermería, el Colegio de Farmacéuticos y el Comité de Bioética de España, aunque este haya emitido un informe.

<sup>84</sup>Vid., Seoane, J., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON*, N°39, 2013, pág. 23.

documento de voluntades anticipadas. Con posterioridad el manual de buenas prácticas (2022) ha ratificado esta posición señalando que ninguna otra persona puede dar el consentimiento en nombre del solicitante (aunque pueden firmar el consentimiento si este no puede rubricar el documento por imposibilidad física).

En la actualidad, la legalización de la eutanasia genera la desigualdad de aquellos pacientes que no pueden ejercer el derecho de ayuda a morir conforme a la LORE por falta de capacidad y no poder prestar su conformidad. Mientras en la misma situación pueden otorgar testamento vital, documento de voluntades anticipadas o análogo en las leyes autonómicas y disponer la eutanasia activa (no sólo pasiva como antes de la LORE).

Las restricciones en la titularidad del derecho a morir en el caso de sujetos vulnerables (neonatos, menores, discapacitados, enfermos en estado vegetativo o psiquiátricos, personas mayores...) y el trato desigual de pacientes y ciudadanos en el acceso a una muerte digna plantean objeciones desde una perspectiva bioética y constitucional.

En este sentido, la LORE abre una brecha entre las personas capaces y libres que cumplen los requisitos previstos en la ley y quienes se enfrentan a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad siendo o no pacientes. La privación de medios asistenciales para morir con dignidad a quienes no reúnen los presupuestos legales puede generar efectos discriminatorios en perjuicio de pacientes y ciudadanos. Este planteamiento se abordó por el TC alemán sobre el «derecho a la muerte autodeterminada» afirmando *si existe un derecho a decidir cómo y cuándo morir, este pertenece a todas las personas, sin que quepa restringir su ejercicio a quienes se encuentran en una determinada condición clínica so pena de predeterminar, en contra de la libertad individual constitucionalmente protegida, las razones que pueden conducir a la resolución de morir.*

La LORE eleva a presupuesto inexcusable del derecho de ayuda a morir el principio bioético de autonomía y consentimiento informado asegurando una decisión individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o

influencias indebidas (artículo 4). En consecuencia, el legislador excluye al paciente que, según el médico responsable, *no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, salvo que haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocido* (artículo 9).

Paralelamente regula la incapacidad de hecho como carencia de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, aunque sin las garantías de la normativa estatal y con el riesgo de disrupción entre el representante legal nombrado en apoyo del incapaz de hecho y quien debe actuar por él (LO 8/2021). En contraposición a la normativa autonómica sobre testamento vital o voluntades anticipadas que prevé la verificación por un funcionario público habilitado por la Consejería competente en materia de salud (artículo 6 Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada).

Paradójicamente el incapaz de hecho puede tener capacidad de obrar (ejercicio de capacidad jurídica) pero no para ejercitar el derecho prestacional de eutanasia. Por esta razón, no se garantiza el cumplimiento de la legalidad vigente interpretando los derechos del paciente incapaz en aras de su mayor beneficio y el respeto de su dignidad personal (artículo 10.4 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). La restricción a los pacientes incapaces de hecho de la ayuda asistencial a morir contraviene además su derecho de participación en el proceso de toma de decisiones de modo adecuado a su grado de discernimiento (10.3 LGS).

La LORE requiere «ser capaz y consciente en el momento de la solicitud» (artículo 5.1.a) y esta exigencia tendría que ser suficiente para articular con garantías el ejercicio de este derecho” (Presno Linera). Aunque la LORE deroga cualquier disposición de igual o inferior rango que la contradiga (Disposición Derogatoria única), no puede excluirse absolutamente a menores de edad o enfermos mentales bajo el riesgo de un trato perjudicial cuestionable a efectos

constitucionales. La privación de un derecho asistencial a una muerte digna repercute negativamente en el ejercicio de otros derechos fundamentales.

La imprevisión legal de los supuestos más complejos desde un punto de vista bioético y constitucional afecta a los colectivos más vulnerables desprovistos del derecho a eutanasia. La cobertura legal de la prestación para morir con dignidad no se extiende a todas las personas, generando un trato desigual en el ejercicio de derechos fundamentales sin una justificación objetiva y razonable.

En principio, la exclusión legal de la eutanasia no puede justificarse en las voluntades debilitadas de ciertos sujetos y en el peligro de presión o influencia, si se adoptan garantías jurídicas individualizadas según el grado de autonomía o incapacidad. La posibilidad jurídica de completar o reemplazar la voluntad y capacidad de las personas, incluso en actos personalísimos para la protección de sus intereses, se admite legalmente mediante la intervención de fedatarios públicos, el MF o el control por el órgano judicial competente <sup>85</sup>. A pesar del superior riesgo a intromisiones, presiones o influencias indebidas en la voluntad, autodeterminación y consentimiento de menores, enfermos, incapaces por representantes, familiares, médicos o instituciones, la inaccesibilidad al derecho asistencial a morir implicaría una discriminación y restricción subjetiva en el ejercicio de sus derechos fundamentales <sup>86</sup>.

A pesar de facilitarse el derecho de ayuda a morir sin la exigencia de enfermedades terminales ni formalismos jurídicos que ralenticen su aplicación, desde una perspectiva subjetiva la LORE resulta manifiestamente restrictiva

---

<sup>85</sup>A propósito, vid., Díez Ripollés, J.L., “Eutanasia y Derecho”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº 9, 1995, pág. 127.

<sup>86</sup> En el caso de Canadá, el pronunciamiento del Tribunal Supremo se restringió a adultos competentes que «padecen una grave e irremediable condición clínica (enfermedad o incapacidad) que les provoca un dolor duradero e insoportable» y que claramente consienten que se les cause la muerte (Carter c. Canadá [Fiscal General] [2015], SCC 4, § 127). Para algunos autores restringir el fallo a esas circunstancias dejaría la puerta abierta a futuros conflictos al amparo de la cláusula de igualdad; por ejemplo, el menor maduro o quienes ahora son incompetentes, pero no lo fueron en el pasado y redactaron voluntades anticipadas (Newman, 2015: 4).

para los pacientes que no reúnen los presupuestos necesarios <sup>87</sup>. Por lo que subsiste el riesgo de eutanasia ilegal o clandestina con la desprotección asistencial y jurídica de “otros” pacientes con derechos en el proceso de la muerte salvo el de morir. Así el suicidio sin derecho previo a prestaciones ni tratamientos médicos encubre un trato discriminatorio por los poderes públicos con resultado de muerte, evitable y prevenible.

Sin embargo, el interés público de una ley orgánica de eutanasia con preferencia y anterioridad a un plan preventivo de suicidios desprovisto de base normativa y derechos, cuestiona el papel del Estado como garante no sólo de la muerte sino también de la vida. La denegación u omisión de asistencia para vivir a pacientes que se encuentran simultáneamente en situación de hecho para solicitar la eutanasia, puede vulnerar sus derechos fundamentales a igualdad, integridad psíquica, salud, dignidad.

En la actualidad no se garantiza legalmente un derecho de ayuda para vivir ni a morir con dignidad tras la configuración de la eutanasia como un derecho social sin universalidad y sujeto a limitaciones subjetivas por razones de capacidad como se desarrolla a continuación.

a) Supuestos controvertidos por razones de capacidad

En cuanto a los menores como colectivo especialmente vulnerable y heterogéneo por incluir a neonatos, mayores de doce, catorce o dieciséis años, debería haberse previsto legalmente la posibilidad de ser escuchados o al menos excepcionalmente reconocerse con suficiente juicio y capacidad para adoptar la decisión final y participar en el proceso eutanásico. En principio, la ausencia de referencias a los menores en la LORE puede entenderse como una táctica deliberada del legislador para no empantanarse en una problemática jurídica y constitucional.

---

<sup>87</sup> Vid., Presno Linera, M., “La eutanasia como derecho fundamental”, *Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 29, 2021, pág. 38.

Esta posición se aparta, no obstante, de la normativa autonómica sobre voluntades anticipadas que faculta a los menores a adoptar la decisión sobre la eutanasia con el consentimiento e información a los padres y a que prevalezca su opinión en caso de conflicto. Así, el artículo 12 Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, considera capaces para consentir a los menores emancipados o a partir de dieciséis años, con información de los padres y en caso de conflicto con éstos, prevalece la opinión del menor (y revocar el consentimiento). De otra parte, el artículo 11 Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte de Aragón, permite al menor de catorce años con suficiente juicio para entender la intervención sanitaria el consentimiento informado con autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar, del tutor o judicial. Por consiguiente, el reenvío de la LORE a las leyes autonómicas sobre voluntades anticipadas en materia de capacidad, debería haber previsto el derecho de ayuda a morir de los menores salvaguardando “el interés del menor” en la muerte digna de modo individualizado y según sus necesidades, con la intervención de los mismos sujetos referidos en una y otras normas.

En definitiva, la privación general a los menores de un derecho individual a morir si no han otorgado un documento de últimas voluntades o a mayores de 16 años aun con capacidad para prestar consentimiento informado a operaciones u oponerse a injerencias corporales que causen la muerte, puede implicar una restricción en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Según los criterios actuales de la Fiscalía “cuanto más trascendentales o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos”. En base a lo cual, sería conveniente una evaluación individualizada de los menores para determinar su capacidad de consentir a través de especialistas, bajo el control y supervisión de la Fiscalía o mediante autorización judicial.

En esta línea, tampoco la LORE aborda el problema de los incapaces de hecho sin testamento vital o similar y pierde la oportunidad de adaptarse a las

normas autonómicas que admiten el derecho a decidir la eutanasia pasiva y establece un orden entre sujetos llamados a completar la capacidad. En particular, el artículo 11 Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte dispone que la recepción de la información como la prestación del consentimiento en situación de incapacidad de hecho se realizará por la persona designada específicamente a tal fin en la Declaración de Voluntades Anticipadas, el cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad o, en último caso, por quien decida la autoridad judicial.

En la actualidad, los documentos de voluntades anticipadas pueden contener instrucciones para la eutanasia no sólo pasiva sino también activa, evidenciando la desconexión entre la normativa estatal y autonómica por el riesgo de conflictividad entre los sujetos intervinientes en la eutanasia (presentantes, familiares, representantes legales, médicos...). En concreto, a diferencia de la regulación autonómica, el artículo 12.4 LORE concede preferencia al representante del documento de instrucciones previas o equivalente y subsidiariamente al presentante de la solicitud.

Sin embargo, la voluntad del legislador para agilizar la tramitación de la eutanasia y prevenir conflictos explica la omisión de familiares o allegados que únicamente intervienen si el paciente lo solicita (artículo 8.2 LORE). Esta posición legislativa se aparta del orden jurídico convencional basado en el complemento de capacidad por el cónyuge, familia o representación legal. Mientras la LORE opta por un presentante “de hecho” sin exigencia de parentesco y con capacidad de firmar la muerte del paciente (y subsidiariamente por el médico). No obstante, el recurso legal a un presentante sin necesidad de relación previa con el paciente puede interferir en la auténtica voluntad del paciente al desconocer los valores u opciones vitales previos a la enfermedad o a la incapacidad, que únicamente las leyes autonómicas de voluntades anticipadas obligan a tomar en consideración.

En relación a los discapacitados, la mención legal a “enfermedades imposibilitantes” ha sido objeto de críticas por el Comité Español de

Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), al contravenir los mandatos, principios y valores de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España. También la subjetividad de este concepto resulta especialmente peligrosa para los discapacitados en base a la exposición superior de este colectivo a prácticas de eutanasia contrarias a su voluntad.

Sin embargo, el último párrafo del artículo 4 LORE, parece excluir a los discapacitados de su aplicación señalando que se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico. De este modo reproduce el artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) que establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Aunque la vaguedad jurídica de este artículo, sin una referencia concreta y expresa al derecho individual de asistencia a eutanasia de los discapacitados, postergando sine die las medidas necesarias para su ejercicio y sin garantías específicas, puede afectar a sus derechos fundamentales. Al margen de la desadaptación de la LORE a la permisividad de los discapacitados para otorgar testamento vital o análogo (artículo 4 Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada, de Andalucía), incluso en caso de duda poniéndolo en conocimiento del MF para que inste a la autoridad judicial un proceso con el fin de modificar el alcance de la incapacitación.

Esta posición excluyente del derecho de ayuda a morir a los pacientes en situación de incapacidad de hecho (LORE), se ratifica en el Manual de buenas prácticas admitiendo que solo podrá tener acceso a la prestación de ayuda para morir, si dispone de un documento de instrucciones previas o documento equivalente legalmente reconocido en el que se recoja de forma clara e inequívoca su voluntad de solicitar dicha prestación.

Desde esta perspectiva, 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, impide la privación de derechos y de su ejercicio a las personas con discapacidad sean personales, patrimoniales o políticos (Disposición transitoria primera), cuestionando así que la capacidad pueda fundamentar la exclusión del derecho prestacional a morir. En particular, prevé la posibilidad de medidas de apoyo judicial en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona ajustadas a los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 249), conforme a la voluntad, deseos y preferencias, “para procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”. Por consiguiente, según esta ley no cabría distinguir y exceptuar el derecho a la asistencia en el proceso eutanásico, aunque la discapacidad no haya obtenido reconocimiento administrativo o sea de hecho.

El artículo 253 de la Ley 5/2021 sobre medidas de apoyo a personas mayores o menores emancipadas de modo urgente (artículo 253), habría de extrapolarse a la aplicación de la LORE para el adecuado ejercicio de su capacidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad en el respeto a la dignidad y la tutela de sus derechos fundamentales (artículo 249). Paralelamente “en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”.

En particular las enfermedades mentales pueden interpretarse como causas de denegación del derecho a eutanasia, salvo que el paciente **consERVE plena capacidad** a pesar del diagnóstico. Al respecto, el Comité de Bioética de España respalda la *mejora de las medidas y recursos de apoyo sociosanitario, con especial referencia al apoyo a la enfermedad mental y la discapacidad*.

En la jurisprudencia reciente se mantiene una postura restrictiva, limitando la asistencia para adelantar la muerte a la concurrencia de un contexto eutanásico identificado como “situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables”. Por el carácter irreversible se obliga a que “términos

calificativos como 'grave', 'incurable', 'insoportable' o 'imposibilitante' se interpreten en su acepción más extrema, definitiva y sin expectativa de reversión favorable". En esta línea, la sección cuarta de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana resuelve el recurso de las hijas de una enferma de alzhéimer contra la denegación de la prestación de ayuda a la eutanasia por la Comisión de Garantía y Evaluación de la comunidad autónoma. Se fundamenta en la ausencia de acreditación de los sufrimientos psíquicos o físicos «constantes» e «insoportables», sin posibilidad de alivio que la persona considera intolerables causados por la enfermedad grave e incurable que padece".

Por último, la aplicación de la LORE a las personas mayores plantea la traslación del denominado "cansancio vital" (o vida plena) previsto en otras legislaciones como móvil eutanásico. La problemática de las sujeciones químicas resulta asimilable a una eutanasia difusa como práctica frecuente en centros residenciales y sin control jurídico. El Tribunal Superior de Justicia de Baleares ha denegado la eutanasia a una mujer que había reclamado a las autoridades sanitarias poner fin a su vida debido a los fuertes dolores que padece y que le impiden realizar actividades de la vida diaria. Considerando que la solicitante no padece una enfermedad grave e incurable o un padecimiento crónico e imposibilitante, sino que, a su parecer, se trata de "la mera constatación de un evidente 'cansancio vital' y voluntad de la paciente de adelantar su muerte".

En segundo lugar, desde el punto de vista de los sujetos activos de la eutanasia (médico responsable, médico consultor, profesional sanitario, equipo asistencial) destaca la imprecisión, laxitud terminológica y científica con el riesgo de generar inseguridad jurídica y elusión de responsabilidades.

El médico responsable se entiende como el facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial (artículo 3 d)". En base a esta definición, el facultativo que asiste habitualmente al paciente y hace el seguimiento de sus enfermedades puede identificarse con el médico de cabecera en el ámbito de la atención primaria, pero en el entorno hospitalario

no parece reconocible salvo previa asignación. Al margen de que “los pacientes con pluripatologías tienen múltiples especialistas que no están coordinados entre sí” y dificulta la determinación del médico a efectos de eutanasia. El reciente manual de buenas prácticas (2022) establece como recomendaciones la elección del médico/a responsable en el proceso de la prestación de ayuda para morir, siempre que sea posible; podrá ser su médico/a de atención primaria o de atención hospitalaria; es previsible que sea el médico/a habitual o de confianza del paciente. Resulta, por tanto, necesario que intervenga un especialista para cerciorarse de que el paciente conoce su enfermedad, pronóstico y opciones terapéuticas, así como la valoración neurológica y psiquiátrica sea siempre obligatoria según la Sociedad española de Neurología.

De igual modo, la falta de claridad en los términos “profesionales sanitarios” y “equipo asistencial” previstos en la LORE, adolece de una indefinición jurídica que exige la concreción posterior en protocolos o manual de buenas prácticas <sup>88</sup>. La ausencia de taxatividad en los médicos, enfermeros u otros profesionales sanitarios intervinientes genera un ambiente de “ajuricidad” negativa desde el punto de vista del bien constitucionalmente protegible. En especial, la imprecisión respecto al profesional sanitario que ejecuta la eutanasia inyectando la sustancia prescrita pese a ser el responsable último de la vida del paciente. El legislador prescinde además del recurso a médicos o profesionales especializados en medicina paliativa o terminal tanto en el proceso eutanásico como en las comisiones de garantía y evaluación. Resulta paradójico que el médico responsable deba exclusivamente motivar la denegación del derecho (artículo 7 LORE) pero no efectuar la comprobación de la enfermedad como supuesto de hecho.

---

<sup>88</sup> Vid., Jiménez Villarejo, “La muerte digna en nuestro Derecho”. El Notario del Siglo XXI, Nº 102, 2009, pág. 2. Es precisa una norma general que, fuera del ámbito de derecho penal, comience declarando formalmente la existencia del derecho y continúe regulando su ejercicio, esto es, estableciendo los oportunos protocolos de actuación que, por un lado, garanticen la seguridad jurídica de todos, especialmente de los profesionales sanitarios, y de otro, alejen el riesgo de posibles abusos y desviaciones.

B) Imprevisión legal de conflictos jurídicos y solución constitucional

A pesar de la preocupación legislativa por el riesgo de vicios de consentimiento en el proceso de eutanasia, la LORE no regula los conflictos entre los sujetos intervinientes ni las soluciones jurídicas aplicables. En concreto, el artículo 4.3 dispone el otorgamiento del consentimiento por los solicitantes “sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas” y la información sobre la “ausencia de presión externa” que debe contener el documento que remite el médico responsable a la Comisión de Garantía y evaluación (12.6); prohibiendo la intervención en los equipos profesionales a quienes incurran en conflicto de intereses y resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia (artículo 14 LORE).

Pero el legislador no aborda los conflictos de intereses o derechos entre el paciente y otros intervinientes en la solicitud como familiares, representantes legales y de hecho ni las respuestas jurídicas aplicables. Únicamente se prevé legalmente el conflicto de intereses de los médicos, no de familiares o representantes, sin reenviar a otras leyes y limitándose a exigir que en la decisión no haya intromisiones, injerencias, influencias indebidas o presiones externas y sin precisar las consecuencias de los vicios de voluntad en un acto personalísimo y último.

Esta laguna legal podría reconducirse al derecho privado en base a la traslación de garantías jurídicas como el nombramiento de un defensor judicial cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y quien ha de prestarle apoyo. (artículo 295.2 ley 8/2021), Aunque el impacto de la intimidación, presión, abuso o violencia en la voluntad y prestación del consentimiento tratándose de un acto personalísimo de última voluntad como la eutanasia, exige una agravación de las sanciones y efectos por la irreversibilidad intrínseca del hecho (v.gr. causas de desheredación en las relaciones familiares).

De otra parte, el conocimiento del conflicto de intereses con antelación a la práctica de eutanasia permite la adopción de medidas preventivas aunque si se advierte con posterioridad debería provocar la “repenalización” de la

conducta. Además parece improbable que el médico detecte o perciba indicios de colisión entre el interés del paciente y el presentante, familiares o representantes.

Según el Comité de Bioética de Catalunya “exigir un control previo es una medida contraproducente, porque el enfermo verá que su difícil decisión, tan íntima y trascendente, ya no se basa en la confianza indispensable con el profesional sanitario que atiende su solicitud». La Comisión posterior para verificar que se han cumplido los requisitos de la ley como se hace en todos los países que la han despenalizado “es innecesario, burocratizará mucho la prestación y hará esperar a quienes no pueden esperar”.

De otra parte, el derecho de ayuda a morir plantea la colisión entre la autonomía y derechos fundamentales del paciente con los deberes médicos y deontológicos de los profesionales sanitarios <sup>89</sup>. Con anterioridad a la LORE, la jurisprudencia constitucional ha venido resolviendo una conflictividad similar, aunque no idéntica basada en la asistencia médica coactiva, contraria a la voluntad del paciente y por diversos móviles <sup>90</sup>. El Tribunal Constitucional sostiene que *el derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)* <sup>91</sup>. No obstante, permanecen espacios sujetos a la autonomía de los

---

<sup>89</sup> Para Jiménez Villarejo, “La muerte digna...”, cit., pág. 3, debe ser evitado que bienes jurídicos tan trascendentes como la vida y la dignidad de la persona queden al albur de las ocasionales opiniones y emociones de los profesionales de la sanidad, de los operadores jurídicos o de los familiares o allegados del enfermo.

<sup>90</sup> Vid., Cañameres Arribas, S., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 108, 2016, pág. 351.

<sup>91</sup> La asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6).

profesionales sanitarios como aquellas “zonas de actividades en el campo médico que no son regulables por el derecho, dado que suponen franjas de actividad imprecisas e inciertas, propias de la eventualidad del acto médico”<sup>92</sup>. Desde una perspectiva constitucional no existen derechos absolutos ni siquiera en el ámbito personalísimo del derecho a morir donde confluyen otros múltiples intereses privados (familiares, representantes, médicos centros hospitalarios...) <sup>93</sup>.

También la configuración legal de la eutanasia como derecho asistencial posibilita intromisiones e injerencias públicas en los derechos fundamentales afectados (libertad, integridad física, salud, dignidad...) <sup>94</sup>. A diferencia de estos últimos que se ejercitan frente al Estado, el derecho subjetivo a morir requiere su intervención con el riesgo de suplantar la voluntad del paciente por razones de diversa índole. La opción preferencial del Estado por la eutanasia respecto de los cuidados paliativos o el auxilio en la prevención de suicidios representa una posición no exenta de connotaciones políticas, ideológicas o económicas <sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Para Campos Calderón; Sánchez Escobar; Jaramillo Lezcano, “Consideraciones acerca de la eutanasia”, *Medicina Legal de Costa Rica*, Nº18, 1, 2001, pág. 2, “La noción conceptual se mantiene siempre permeable en lo que se ha denominado “Espacio libre del derecho”, o “zonas de actividades en el campo médico que no son regulables por el derecho, dado que suponen franjas de actividad imprecisas e inciertas, propias de la eventualidad del acto médico. Sin embargo, críticamente se ha dicho que tal espacio, aunque no se colme de lege lata, si es llenado por la discrecionalidad del juez”.

<sup>93</sup> Señala Rodríguez Casas, R., “Eutanasia: aspectos éticos controversial”, *Revista Médica Herediana* Nº 12, 2001, pág. 33, que “el paciente no puede violar la integridad del médico como persona, si por ejemplo éste se opone por razones morales a la eutanasia... ninguna norma legal podrá obligar al médico a condicionar o renunciar a sus principios éticos es decir a su integridad”.

<sup>94</sup> Al respecto, el Auto de 5 de enero de 1990 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid admite el derecho a que nadie que no sea uno mismo decida lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar del peligro de muerte, pues son decisiones que afectan al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás.

<sup>95</sup> En opinión de Cortez G., “Aspectos bioéticos del final de la vida: El derecho a morir con dignidad”, *Cuadernos Hospital de Clínicas*, 51, 2, 2006, pág. 98, *la atención de los pacientes que atraviesan por una enfermedad terminal requiere del establecimiento en su entorno de cuidados*

El interés social mayoritario en la normalización de la eutanasia según las últimas encuestas o estadísticas, contribuye a la imposición de criterios electoralistas y a colectivizar una cuestión de conciencia <sup>96</sup>.

El posible conflicto entre intereses privados y públicos no se ha eliminado por la LORE como se infiere de la desatención a la previsión del consentimiento y decisión sobre la donación de los órganos del paciente (a diferencia del artículo 3 Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada, de Andalucía) <sup>97</sup>. De igual modo la inhibición estatal en la función supervisora y garantista, sin efectuar controles jurídicos ni cumplir deberes de transparencia, menoscaba el interés del paciente con derecho de ayuda a morir. Al margen del automatismo en la aplicación de la eutanasia, suprimiendo la ponderación de bienes constitucionalmente protegidos y derechos fundamentales involucrados en cada caso concreto.

La STC de 12 de septiembre de 2023 considera que “este régimen de garantías y controles satisface el estándar constitucional de protección de la vida frente a injerencias de terceros, porque garantiza suficientemente que la ayuda para morir regulada en la ley se preste únicamente a quien, encontrándose en una situación de sufrimiento extremo y siendo un sujeto capaz, así lo solicite con plena

---

*paliativos y calidad de vida. La STC de 12 de septiembre de 2023 señala que “si los cuidados paliativos han alcanzado o no la «universalización» que la demanda echa en falta no es cosa que pueda examinarse en este procedimiento. Una segunda aclaración necesaria es que los cuidados paliativos consisten, según descripción del preámbulo de la LORE no discutida por las partes, en la «utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico, aunque aceleren la muerte del paciente», integrando así una forma de eutanasia distinta de la regulada por la norma impugnada (a saber, la llamada eutanasia activa indirecta)”.*

<sup>96</sup> En base a la STC 120/1990 de 27 de junio: “se expresan conceptos como la «indisponibilidad de la vida» y libertad», a partir de los cuales fundamentan sus razonamientos, para concluir que la vida «es objeto de protección aún sin la voluntad del sujeto”.

<sup>97</sup> Vid., Tomás-Valiente Lanuza, C., “La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 38, “la proclamación de la libertad como valor superior informador de todo el ordenamiento...obliga a realizar ponderación entre los intereses públicos que abogan en favor de una determinada intromisión en la libertad y los intereses individuales en mantener ese ámbito de libre intervención estatal”.

libertad y consciencia, conjurando suficientemente el riesgo de errores, abusos e injerencias no permitidas por parte de terceros”.

En base a esta problemática relativa a la confrontación de intereses, la desconflictivización resulta negativa ya que implicaría que la legalización ha terminado con el debate moral y la autonomía privada, por la normalización del derecho a morir.

### 2.3.3. *Contenido y garantías legales: el control jurídico de la eutanasia.*

La extensión objetiva de la eutanasia a enfermedades graves e incurables y a un padecimiento grave, crónico e impositivo, supera el criterio de paciente terminal o moribundo comúnmente desarrollado desde una perspectiva bioética <sup>98</sup>. El recurso a términos indefinidos o confusos como enfermedades invalidantes o graves, *sin rigorismo médico y expuestos a la subjetividad del paciente o a la discrecionalidad de familiares, representantes o terceros*, cuestiona su adaptación a los principios bioéticos y constitucionales de necesidad y proporcionalidad. El legislador ha introducido conceptos que no representan un diagnóstico concreto sino situaciones interpretables y probabilísticas desde un punto de vista médico.

Paralelamente se opta por un supuesto de hecho “subjetivo” basado en el sufrimiento intolerable para quien lo padece sin exigir enfermedades degenerativas o terminales en sintonía con los principios bioéticos y se limita el papel del médico/s intervinientes comprimiendo la *lex artis* y los deberes deontológicos.

Ahora bien, la ampliación del ámbito objetivo de la eutanasia no se ha traducido en un régimen de garantías y responsabilidades que aseguren el control jurídico de los abusos y vulneraciones de derechos fundamentales en la

---

<sup>98</sup> Considera Lloret, C., “Eutanasia y muerte digna”, *Cartapacio de Derecho*, N° 22, 2012, pág.5, que “deben extremarse las investigaciones médicas para poder precisar cuándo un paciente se encuentra en estado terminal, diferenciándolos de aquellos que todavía tienen alguna “chance” de eventual curación”.

práctica eutanásica. En concreto, la LORE ha prescindido de la intervención de representantes legales, fedatarios públicos, Fiscalía, autoridad judicial, debilitando la protección jurídica en situaciones de especial vulnerabilidad (estados avanzados de enfermedades degenerativas o terminales y de personas con una discapacidad severa) <sup>99</sup>. La huida de las garantías convencionales (formales e institucionales) sólo puede justificarse por el intento de agilizar el proceso de la muerte mediante la eliminación de trabas burocráticas o excesivos formalismos que provocan dilaciones.

En consecuencia, la finalidad de no prolongar la agonía del paciente menoscaba la seguridad jurídica y a diferencia del artículo 270 de la Ley 8/2021 sobre medidas de control por la autoridad judicial para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa apoyo, la LORE no resuelve los abusos y conflictos de intereses <sup>100</sup>.

La imprevisión legal del Ministerio Fiscal respecto del control de la legalidad, los derechos en el proceso eutanásico y las actuaciones representativas o sanitarias, contrasta con su obligada intervención para recabar información y garantizar el buen funcionamiento de los representantes en la normativa de voluntades anticipadas. También se prescinde de la autorización judicial en las actuaciones de los representantes y para dirimir las posibles conflictividades durante el proceso eutanásico.

La ausencia de controles legales alcanza su máximo despropósito en la presunción de muerte natural en el domicilio, imposibilitando la investigación posterior y el ejercicio del derecho a tutela judicial efectiva; respecto a la

---

<sup>99</sup> «El artículo 2 CEDH impone a los poderes públicos el deber de proteger a las personas vulnerables [...] En opinión de esta Corte el artículo 2 CEDH obliga a las autoridades nacionales a prevenir que una persona se quite la vida como resultado de una decisión que no se ha alcanzado de manera libre y absolutamente responsable [...].

<sup>100</sup> En la SAP Zaragoza de 19 de abril de 2016, el Tribunal concluye que, puesto que el progenitor no padecía ninguna enfermedad grave o invalidante, los hechos quedan tipificados en el artículo 143.3 Código Penal (CP), refiriéndose a móviles abyectos, y el auxilio hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte.

imparcialidad de los miembros designados por la Comisión de Garantía y Evaluación (artículo 10) <sup>101</sup>; en la confidencialidad de las comisiones de evaluación o comités de los hospitales sin un deber de transparencia en las deliberaciones; en cuanto a la atipicidad de un sistema de infracciones y sanciones ad hoc, de responsabilidades civiles, administrativas y penales del personal sanitario y de las administraciones e instituciones; o en los casos de informes médicos contradictorios, especialmente si la expectativa de vida del paciente no supera el proceso eutanásico <sup>102</sup>.

Las garantías de la LORE no debieran ser inferiores a las previstas en leyes autonómicas de testamento vital o voluntades anticipadas, puesto que estas últimas se reducen a la eutanasia pasiva (a no ser tratado para alargar innecesariamente la vida, la omisión de medidas o tratamientos tendentes a prolongar la vida del paciente, o la interrupción del funcionamiento de algún aparato que soporta la vida, también la opción expresa por la eutanasia) <sup>103</sup>. Al

---

<sup>101</sup> El manual de buenas prácticas (2022), recomienda que los miembros de la Comisión de Garantía y Evaluación, no deberían ser objetores de conciencia a la LORE y que el proceso de designación de los dos miembros que realicen la verificación previa, un jurista y un médico, se realice de forma imparcial, objetiva y transparente.

<sup>102</sup> En la aplicación de la LORE la Asociación Derecho a Morir Dignamente (DMD) de Andalucía, denuncia una "falta de transparencia" de la Junta por no informarse sobre las peticiones y cuántas se han resuelto.

<sup>103</sup> En particular, la garantía de transparencia del Comité de bioética no se prevé en la LORE sino en la normativa reguladora del testamento vital o documentos de voluntades anticipadas (artículo 27 Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte) ni un régimen de infracciones y sanciones específicas (artículo 29 Ley 10/2011, previa instrucción del expediente administrativo), con responsables si hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia (artículo 294 LO 8/2021) y considerando infracción grave el impedimento del acompañamiento en el proceso de morir y de la muerte, salvo que existan circunstancias clínicas que así lo justifiquen (artículo 31 Ley 10/2011) y atendiendo para calificar la gravedad a la lesividad del hecho, cuantía de beneficio obtenido, intencionalidad o impedir el disfrute de derechos (artículo 32), y multas graduables. Respecto de los límites aplicables, las leyes autonómicas disponen que no se pueden tener en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el

menos habrían de resultar similares considerando que tras la entrada en vigor de la LORE pueden contener instrucciones sobre administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente para causar su propia muerte.

Paradójicamente, la normativa estatal no regula los derechos en el proceso eutanásico a diferencia de las leyes autonómicas que garantizan los cuidados paliativos, el acompañamiento familiar, el acceso de personas que le puedan proporcionar auxilio espiritual conforme a sus convicciones o creencias (artículo 23 Ley 10/11), la asistencia de los centros e instituciones a las personas cuidadoras y familias del paciente en el proceso de morir incluso en su domicilio, con medidas para la aceptación de la muerte y prevención del duelo (artículo 24 Ley 10/2011), con acompañamiento permanente de familiar o allegado (artículo 26 Ley 10/2011) <sup>104</sup>. El Manual de buenas prácticas (2022) garantiza además al paciente y a sus familiares y allegados un entorno asistencial de confortabilidad y humanización en los cuidados y las medidas para asegurar la intimidad de los pacientes por médico, equipo asistencial y administración sanitaria.

En suma, la inseguridad jurídica derivada de la LORE se debe a la omisión de las garantías mencionadas con relajación de los requisitos legales en la práctica y a la opción por mecanismos de *soft law* como protocolos pese a su conexión con múltiples derechos fundamentales <sup>105</sup>.

---

sujeto ha previsto en el momento de emitirlas; igualdad y no discriminación en el acceso a los servicios sociosanitarios en el proceso de muerte.

<sup>104</sup> A diferencia de la LORE, en la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte se garantiza el derecho a recibir cuidados paliativos integrales y tratamiento del dolor, del número y dotación adecuados de unidades de cuidados paliativos y equipos de soporte, garantizando la equidad en el acceso de la ciudadanía (Disposición Adicional tercera).

<sup>105</sup> En el caso Gross contra Suiza (2013)21, el TEDH determinó que la actuación del Estado no respetó el principio de seguridad jurídica imprescindiblemente ligado al de legalidad. Y en relación a dicha carencia normativa: *el Tribunal concluye que la demandante debe haber sufrido un*

#### 2.3.4. Configuración legislativa de un derecho fundamental “de hecho” a morir.

El deficiente régimen de garantías legales previsto en la LORE refuerza el blindaje jurídico de la eutanasia planteando, en última instancia, su auténtica naturaleza jurídica. Al respecto, en su Exposición de Motivos se admite un nuevo derecho individual “a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir” (artículo 1). Si bien el Comité de Bioética de España (CBE) se opone alegando que existen *sólidas razones sanitarias, éticas, legales, económicas y sociales, para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública* (“Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir”) <sup>106</sup>.

Desde un punto de vista legal, el desigual tratamiento de los titulares del derecho subjetivo (todas las personas) y del derecho de ayuda a morir (pacientes), dificulta su configuración como derecho de la personalidad al no reconocerse un derecho a muerte digna y *evitar el contacto con el derecho fundamental a la dignidad humana pese a ser el fundamento de la eutanasia*.

El legislador consciente de la problemática constitucional que genera la eutanasia opta por su “desconstitucionalización aparente” regulando exclusivamente un derecho subjetivo y prestacional a morir. De este modo se re convierte en un derecho social mediante su inclusión en la cartera común del Sistema Nacional de Salud garantizando su financiación pública. A través de esta naturaleza encubierta se pretende asegurar la viabilidad constitucional de la eutanasia recurriendo a su desfundamentación para adaptarse a la

---

*grado de angustia e incertidumbre con respecto a la medida de su derecho a acabar con su vida que no hubiera ocurrido si hubieran existido directrices claras, aprobadas por el Estado definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir.*

<sup>106</sup> Destaca Moreno Antón, M., “Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir”, *DS*, N° 12, 2004, pág. 65, afirmando que “el derecho a morir es el derecho subjetivo del enfermo terminal o incurable a intervenir en el proceso de la muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho”.

posición tradicional del Tribunal Constitucional contraria a la proliferación de nuevos derechos fundamentales. En este sentido, argumenta que *la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que su posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del derecho»* (STC 120/1990 [F] 7) <sup>107</sup>.

En base a la LORE la eutanasia presenta una dimensión poliédrica como derecho subjetivo, social y prestacional, pero también manifiesta la condición de derecho fundamental. Respecto de esta última naturaleza puede sustentarse en la tesis de Arruego entendiendo que *los derechos fundamentales primariamente son derechos subjetivos* y el desarrollo de la eutanasia habría culminado este proceso <sup>108</sup>. En particular, *los conflictos derivados de la autonomía (paciente) y vicios de voluntad pueden afectar a los derechos fundamentales y por consiguiente, deben resolverse en el marco constitucional aplicando la técnica de ponderación y criterios de proporcionalidad y razonabilidad* <sup>109</sup>. Paralelamente el derecho fundamental a eutanasia deriva de la simbiosis con los derechos a la vida, la integridad física y moral, la dignidad, la libertad y la autonomía de la voluntad (Exposición de Motivos LORE). Aunque el legislador rehúye de cualquier referencia explícita a un derecho

---

<sup>107</sup> Para Moreno Antón, M., “Elección de la propia muerte y derecho...”, cit., el derecho a morir es el derecho subjetivo del enfermo terminal o incurable a intervenir en el proceso de la muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho.

<sup>108</sup> Vid., Arruego Rodríguez, G., “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español”, *Indret*, N° 2, 1-26.2009, pág. 61.

<sup>109</sup> Vid., González-Torre, A., “El consentimiento informado en sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/2011 de 28 de marzo”, *Cadernos Ibero-americanos de Direito Gutiérrez Samperio*, N° 137, 3, 2013, pág. 766, para quien el derecho a la información alcanza una relevancia que hace que su omisión o defectuosa realización pueda suponer una lesión del derecho fundamental.

fundamental, incluso a propósito de la objeción de conciencia, reduciendo la eutanasia a un derecho individual (artículo 3).

En esta línea, Méndez Baige admite expresamente que la garantía de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica y religiosa, la dignidad, la intimidad personal o el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en el proceso de morir, no puede considerarse contrario a los principios de la justicia ni ajeno a los preceptos constitucionales. El derecho a la integridad física y moral constituye el principal anclaje iusfundamental del principio de autonomía del paciente con acomodo en el contenido normativo de aquél.

Desde una perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha rechazado un derecho fundamental a morir amparado en el derecho a la vida y esta naturaleza obliga a recurrir a otros derechos distintos. Por esta razón, la decisión de la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional (STC 154/2002, F.J. nº 12). La STSJ Madrid de 12 marzo 2018 admite la vinculación de la autonomía del paciente con los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, *que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo.*

De otra parte, la tutela reforzada de la eutanasia deriva de un blindaje legal que no se corresponde con el de cualquier derecho subjetivo. Pese a que la garantía del amparo ordinario (artículo 53.2 CE) se encuentra reservada para los derechos fundamentales, se reconducen las reclamaciones y recursos contra las resoluciones de la Comisión contrarias a la solicitud de prestación de ayuda (artículo 10.5) y las reclamaciones contra el médico responsable que deniegue (artículo 18 a) al procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Disposición adicional quinta LORE).

El reciente informe del Comité de Bioética de España (6 de octubre de 2020), admite la conexión de la eutanasia con la dignidad afirmando que su despenalización no sólo es un problema médico, sanitario o social, sino también un problema esencialmente jurídico, *porque se asienta en una errónea construcción de los derechos fundamentales y, peor aún, de un concepto tan valioso en el terreno del Derecho como es la dignidad. Y ya tenemos la experiencia de que cuando la construcción dogmática y fundamentación de los derechos es errónea, las consecuencias suelen ser nefastas.*

Por las razones expuestas, la construcción legal de la eutanasia adopta el perfil de un “derecho fundamental de hecho” o pseudo derecho fundamental, especialmente tras la admisión explícita por el TC de un derecho fundamental a autodeterminación y autonomía corporal.

## 2.4. Los derechos fundamentales digitales en el ámbito laboral

### 2.4.1. Introducción

La digitalización laboral implica nuevos desafíos jurídicos derivados de la problemática constitucional en torno a los límites de la privacidad y el control empresarial. Según Balaguer Callejón “la sociedad digital plantea muchos retos en relación no sólo con la atrofia relativa de los derechos constitucionales, sino también con la necesidad de incorporación de nuevos derechos digitales”<sup>110</sup>. La tecnologización, los algoritmos y la inteligencia artificial han impulsado una generación de derechos laborales pero simultáneamente debilitado la posición del trabajador en la relación laboral<sup>111</sup>. La era digital está contribuyendo a que

---

<sup>110</sup> Vid., Balaguer Callejón, F., *La Constitución del algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022, pág. 117.

<sup>111</sup> Al respecto, Sánchez Trigueros, C., “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español”, *Revista de Derecho* N° 22, 2020, pág. 249.

se difuminen las relaciones laborales y “las fronteras entre vida profesional y personal, asumidas por un entorno laboral permanentemente conectado”<sup>112</sup>.

La revolución tecnológica comporta amenazas a las conquistas laborales conseguidas, la seguridad y salud de los trabajadores con nuevas enfermedades profesionales, que requieren medidas de prevención y soluciones jurídicas adaptadas a la Constitución. La discriminación en el acceso al empleo mediante algoritmos, la modificación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la desconexión digital, el despido por el uso de dispositivos móviles, constituyen algunas manifestaciones de la subordinación tecnológica del trabajador en la relación laboral.

A continuación, se pretende analizar la dimensión constitucional de los derechos digitales laborales en relación a su naturaleza, contenido, deberes y responsabilidades empresariales. En particular, se desarrollan los riesgos de la digitalización laboral en el campo de los derechos fundamentales a la intimidad, salud, igualdad, conciliación de la vida laboral y familiar, y el conflicto de éstos con la libertad de empresa. Al margen de abordar las relaciones laborales y el contrato de trabajo desde un prisma constitucional en cuestiones como el consentimiento del trabajador, su privacidad en la empresa, la obtención de pruebas y el despido.

La desprotección actual de los trabajadores ante las amenazas derivadas de los mecanismos digitales de supervisión empresarial (videovigilancia, geolocalización, grabaciones...), procede de la ausencia de contención jurídica de los abusos de los empleadores. En este capítulo se desarrolla la ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos laborales desde una perspectiva constitucional, el valor de las pruebas digitales, la configuración de nuevos límites constitucionales a la libertad de empresa mediante la ponderación con los derechos fundamentales de los trabajadores y la especial transcendencia constitucional de los derechos digitales laborales a efectos de garantías.

---

<sup>112</sup> Vid., Pérez Campos, A., “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LII, 2019, pág.116.

#### 2.4.2. Nueva generación de derechos digitales en la esfera laboral

La aproximación inicial a los derechos digitales de los trabajadores plantea diversas cuestiones relativas a su reconocimiento y calificación como *numerus apertus o clausus*<sup>113</sup>. En principio, un sector doctrinal cuestiona la admisión legal de esos derechos, argumentando que ya estaban reconocidos por la jurisprudencia sin que el legislador haya concretado su contenido jurídico<sup>114</sup>. No obstante, la evolución tecnológica imprevista por la Constitución justifica la aparición de una nueva generación de derechos digitales laborales de configuración legal y derivados de la negociación colectiva, las políticas internas empresariales y los acuerdos con los trabajadores o representantes legales<sup>115</sup>.

El artículo 18.4 CE establece que “la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Por lo que resulta imprescindible impulsar el desarrollo de los derechos digitales en el ámbito privado de las relaciones laborales, ante los riesgos y amenazas provocados por las nuevas tecnologías<sup>116</sup>. Desde este prisma, parece viable la incorporación de nuevos

---

<sup>113</sup> A propósito, vid., Arrúe Mendizábal, M., “Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos vs el control por parte de la Administración”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 54, 2019, pág. 8.

<sup>114</sup> Vid., Vallecillo Gámez, R., “El derecho a la desconexión: ¿«Novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?” *Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos* Nº 408, 2017, pág. 177, sobre el reconocimiento del derecho a desconexión digital que “no supone más que un acto de “esnobismo jurídico”.

<sup>115</sup> Reche Tello, N., “La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad”, *IUSLabor* Nº 3, 2019, pp. 37, plantea “si sería necesario reconocer el derecho en vez de potenciar el derecho de adaptación horaria, además de trabajar por cumplimiento de objetivos en vez de por tiempo y se deben incrementar los controles para favorecer la desconexión, o es mejor promover una mayor flexibilidad y capacidad de organización y autonomía del trabajador”.

<sup>116</sup> La fuerza expansiva de este derecho ha permitido canalizar y limitar los posibles riesgos provocados por la tecnología, pero su enorme potencialidad ya no alcanza a todos los ámbitos en los que hoy se proyectan estas amenazas. Por ello, el art. 18.4 CE adquiere de nuevo sentido en

derechos digitales laborales atípicos no regulados por el legislador en base a las tecnologías emergentes, como la aplicación de algoritmos y el impacto de la inteligencia artificial <sup>117</sup>.

A) En el ámbito internacional

A nivel internacional, para afrontar los retos de la digitalización laboral, destacan el Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 y la Directiva 95/46 que incorporó principios orientados a la salvaguarda de la protección de datos. El impulso internacional de los derechos laborales digitales se ha sustentado, además, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), sobre las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada o correspondencia. Desde el año 2013, la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Derechos Humanos se han comprometido con la privacidad en la era digital. En esta línea, la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2019 (A/HRC/RES/42/15), dispone el deber de los Estados de velar para que “toda injerencia en el derecho a la privacidad se ajuste a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad”. Con posterioridad, la Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020 introduce la obligación de examinar “periódicamente sus procedimientos, prácticas y legislación en relación con la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales...”.

De otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos regula el respeto a la vida privada, familiar y la correspondencia a salvo de injerencias de las autoridades públicas (artículo 8), aunque sin prevenir las intromisiones en

---

toda su plenitud más allá de la acotada preocupación por garantizar la protección de datos y reclama una decidida acción legislativa dirigida a reconocer y garantizar los derechos digitales, esto es, los derechos y libertades individuales afectados por la realidad digital.

<sup>117</sup> Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2019 (A/HRC/RES/42/15), sobre como la inteligencia artificial puede afectar al disfrute del derecho a la privacidad y otros derechos humanos.

la esfera laboral por las empresas. No obstante, su jurisprudencia ha contribuido a consolidar la privacidad laboral y la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores mediante sentencias clave (Caso López Ribalda y otras vs. España, asunto *Barbulescu c. Rumanía, entre otras*)<sup>118</sup>. Asimismo, el CEDH complementa la Carta Social Europea (revisada en 1996) que reconoce los derechos a condiciones de trabajo equitativas (artículo 2), a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectar a los intereses de los trabajadores (artículo 21) y a la dignidad (artículo 26).

B) En el marco europeo

En el ámbito europeo se manifiesta la preocupación por reforzar la protección de los derechos fundamentales frente a los avances tecnológicos a través de la Recomendación 2008/2160 (INI) del Parlamento Europeo sobre la promoción de las libertades en internet. Paralelamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) constituye un hito para el reconocimiento de nuevos derechos digitales (artículos 7 y 8)<sup>119</sup>. En desarrollo de este texto surge la Recomendación CM/REC (2014) 6, adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa con fecha 16 de abril de 2014, respecto de “las injerencias ilícitas, innecesarias o desproporcionadas en el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales al usar internet”. Y principalmente el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la

---

<sup>118</sup> La STEDH de 9 de enero de 2018 condenó a España por vulneración del artículo 8 CEDH al considerar “que se violó la privacidad de los trabajadores y que la resolución de Estrasburgo... La legislación permite a las empresas configurar los mecanismos adecuados para hacer efectivo su derecho de dirección y de organización y proteger su patrimonio, pero siempre con el máximo respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores en su puesto de trabajo”.

<sup>119</sup> También el artículo 7 establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Recientemente surge la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01), cuyos precedentes son el Tratado de la Unión Europea (artículo 2); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; los principios desarrollados por el Parlamento europeo para garantizar el respeto de los derechos fundamentales como la protección de datos y el derecho a la privacidad, los derechos de los trabajadores y el derecho a la desconexión digital; la «Declaración de Tallin sobre la administración electrónica», la «Declaración de Berlín sobre la sociedad digital y el gobierno digital basado en valores» y la «Declaración de Lisboa: democracia digital con propósito»; y la Decisión sobre el programa de política «Itinerario hacia la Década Digital» para 2030.

La justificación de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital se sustenta en la necesidad de una transformación digital basada en “los valores europeos y los derechos fundamentales de la UE para fortalecer el marco democrático para una transformación digital”. Entre sus objetivos generales figuran el respeto de los derechos fundamentales por la tecnología, el beneficio común, el equilibrio de género y de sujetos vulnerables, asegurar la conectividad. Con carácter específico se incluyen el derecho a condiciones de trabajo justas, la protección adecuada en el entorno digital, el derecho a la desconexión para equilibrar la vida privada y laboral; asegurar que las herramientas digitales no perjudiquen la salud física y mental, evitar la automatización y un uso transparente de la inteligencia artificial <sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Entre sus compromisos figuran “asegurar el equilibrio entre vida privada y vida laboral en un entorno digital; garantizar que las herramientas digitales no supongan ningún tipo de riesgo para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno de trabajo; el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en el entorno digital; la protección frente a una vigilancia ilegal e injustificada; garantizar que el uso de la inteligencia artificial en el lugar de trabajo sea transparente y siga un enfoque basado en los riesgos, y que se adopten las medidas de prevención correspondientes para mantener un entorno de trabajo seguro y saludable”.

De igual modo, la Ley europea de Servicios Digitales que entró en vigor el 16 de noviembre de 2022, complementa la legislación específica del sector (la Directiva de servicios de medios audiovisuales; y la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital, la Directiva de comercio electrónico...) y aborda los problemas particulares que surgen en torno a los intermediarios en línea. Con esta norma se pretende eliminar las cargas legales innecesarias y proteger así por igual a todos los usuarios de la UE tanto en lo que respecta a su seguridad frente a bienes, contenidos o servicios ilegales, como a sus derechos fundamentales, un objetivo fundamental debido al papel tan importante que han adquirido las plataformas en línea en la vida de los ciudadanos europeos.

#### *2.4.3. Perspectiva constitucional*

El artículo 18. 3 y 4 C.E. resulta extrapolable al ámbito laboral respecto a la garantía del secreto de comunicaciones y la limitación legal del uso de la informática para la protección de derechos fundamentales (honor, intimidad personal y familiar)<sup>121</sup>. El desarrollo legislativo del texto constitucional se ha realizado progresivamente mediante la adaptación del Estatuto de los Trabajadores y la legislación de protección de datos.

El análisis de esta disposición constitucional refleja la desadaptación al actual contexto tecnológico por la imprevisión de nuevas herramientas comunicativas y las amenazas a los derechos fundamentales derivadas de la inteligencia artificial y los algoritmos. El régimen estricto de protección constitucional para salvaguardar el secreto de las comunicaciones basado en la necesidad de autorización judicial para

---

<sup>121</sup> Vid., Pardo Falcón, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 34, 1992, pág. 174.

su excepción, se amortigua en el ámbito laboral con el fin del control empresarial del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores <sup>122</sup>.

En consecuencia, la privacidad de las comunicaciones en las relaciones laborales y los límites al uso de la informática admiten injerencias “lícitas” en los derechos fundamentales. Las garantías constitucionales basadas en la necesidad de resolución judicial y en los límites legales al uso de la informática han sido moduladas por la jurisprudencia internacional y nacional <sup>123</sup>.

Como grupos de casos jurisprudenciales pueden diferenciarse entre los límites de libertad empresarial respecto de las facultades de control o deberes del empleador; y las cláusulas contractuales en relación al consentimiento del trabajador y renuncia a derechos fundamentales.

Respecto a las limitaciones del poder empresarial, el TEDH admite la posibilidad de vulneración del derecho al secreto de comunicaciones por intervenciones antijurídicas del empresario o por terceros en el ejercicio del poder de dirección de la empresa durante el desarrollo de la prestación laboral (STEDH 3 de abril de 2007).

En esta línea y centrándose principalmente en la doctrina del Tribunal Constitucional, se abordan los riesgos procedentes de las nuevas tecnologías en derechos fundamentales como la intimidad reconociendo facultades negativas dirigidas a excluir intromisiones del empresario (STC 254/93, de 18 de agosto; la integridad física o moral y salud laboral (ATC 57/2007, 26 de

---

<sup>122</sup> Según el TD el artículo 18 C.E. “es claro y tajante cuando afirma categóricamente que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (SSTC 17 de diciembre de 2012 y 7 de octubre de 2013).

<sup>123</sup> López Balaguer, M./ Ramos Moragues, F., “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Lex Social*, Nº 10 (2), 2020, pág. 514.

febrero de 2007); y sobre el derecho a la dignidad (STC 98/2000, de 10 de abril) <sup>124</sup>.

La jurisprudencia constitucional se basa en la admisión de una monitorización empresarial circunscrita al conocimiento de datos pertenecientes a las relaciones laborales (STC 15 de marzo de 2021); sin que el interés privado del empresario pueda justificar el tratamiento de datos en contra del trabajador (STC 29/2013, de 11 de febrero)

En relación al segundo grupo de casos, el contrato laboral constituye una “base legitimadora” de la cesión por el trabajador de sus derechos fundamentales, así como de tolerancia a las intromisiones por la empresa. La buena fe contractual implica un deber de fidelidad del trabajador que puede amparar incluso, el consentimiento y la renuncia al derecho a la intimidad, protección de datos o salud. Si bien la transgresión de este presupuesto determinante de la validez del consentimiento puede derivar de la ausencia o falta de especificación de la finalidad del control laboral <sup>125</sup>. Al respecto el Tribunal Constitucional considera que lo importante es determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de cumplimiento de la relación laboral (STC 39/2016).

Desde una perspectiva jurisprudencial se aborda la nulidad de las cláusulas abusivas contractuales por afectar al consentimiento o renuncia de los derechos fundamentales y también a la exoneración de responsabilidades empresariales en base a la condición del trabajador como parte débil de la relación laboral <sup>126</sup>. Con carácter general, el Tribunal Constitucional dispone

---

<sup>124</sup> Las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio admiten que el centro de trabajo es un espacio donde puede ejercitarse el derecho a la intimidad del trabajador, y, por tanto, producirse intromisiones ilegítimas del empresario.

<sup>125</sup> A propósito, destaca la STS 817/2022.

<sup>126</sup> “Para que tales datos puedan ponerse a disposición de la empresa es necesario que el trabajador preste su consentimiento de forma libre y voluntaria, lo que no sucede en este caso,

que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano...” (STC de 19 de julio de 1985).

Respecto del consentimiento, el Tribunal Constitucional considera que está implícito en la relación negocial cuando resulte necesario para el fin del cumplimiento del contrato (STC 39/2016, de 8 de abril). Sin embargo, la STC 39/2016, de 3 de marzo afirma que “el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos **sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada**”. Esta posición rebaja las garantías de la LOPD que exige una información expresa, precisa, clara e inequívoca al trabajador como declaró la STC 29/2013.

El abuso empresarial deriva de la imposición contractual al trabajador de un consentimiento para efectuar controles tecnológicos invasivos de sus derechos fundamentales. Así sucede en los supuestos en que se impone al trabajador el deber de proporcionar a la empresa su teléfono y cuenta de correo privados, privándole del control de sus datos personales (STS de 21 de septiembre de 2015) <sup>127</sup>.

En la jurisprudencia ordinaria se plantea la problemática constitucional sobre los controles laborales aplicados a las herramientas tecnológicas privadas o mixtas como también a los registros de efectos personales y comportamientos extralaborales. Entre las conclusiones judiciales destacan la ilicitud de la instalación de controles en los dispositivos privados de los

---

pues el trabajador, como parte más débil del contrato, se ve compelido a admitir la inclusión de dicha cláusula por el temor a no ser contratado” (STS de 21 de septiembre de 2015).

<sup>127</sup> Según la referida STS la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada “supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria”. También la AEPD de 10 de enero 2022 (Procedimiento AI-00050-2022, enero 2022) se pronuncia sobre la inclusión de un trabajador en un grupo de whatsapp, alegándose por la empresa que era un medio de comunicación interno esencial para la organización del trabajo.

trabajadores por invadir la esfera personal o familiar y exceder de los márgenes del poder de dirección y organización empresarial (STSJ de Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo). De igual modo se consideran contrarias a derecho, las indagaciones realizadas mediante terceros, vigilantes jurados, agencias privadas de colocación para controlar más allá de la esfera laboral (STS 766/2020, de 15 de septiembre); y la conexión permanente de los trabajadores concluida la jornada laboral (SAN de 17 de julio de 1997).

#### *2.4.4. Configuración en la legislación española. Modalidades*

Según Rodríguez Copé, la primacía constitucional reside indiscutiblemente en los derechos fundamentales que a su vez constituyen un límite en los derechos y principios constitucionales del poder empresarial basado “en el respeto a la dignidad de los trabajadores y a sus derechos inviolables”<sup>128</sup>.

Los derechos fundamentales afectados por la aplicación de las nuevas tecnologías en el trabajo limitan el poder y facultades de organización empresarial. En esta línea, la STC 90/1997, de 6 de mayo reconoce que “las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos”. Las extralimitaciones de la libertad de empresa pueden vulnerar derechos fundamentales “si el control empresarial con medidas tecnológicas implantadas en el domicilio familiar, exceden el poder de dirección

---

<sup>128</sup> Para Rodríguez Copé, M. L., El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial SSTSJ de la Comunidad valenciana de 3 de febrero de 2000 y de Asturias de 17 de noviembre de 2000”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 62, pág. 215, “el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales... el fundamento constitucional de los límites del poder empresarial se resume en el respeto a la dignidad de los trabajadores y de sus derechos inviolables”.

y organización del trabajo, para controlarlo fuera de la jornada laboral" (STSJ Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo de 2013).

Pese a las garantías previstas en la Ley 10/2021, de 9 de julio, del trabajo a distancia, el riesgo de abusos empresariales y vulneración de derechos de los trabajadores deriva de las políticas internas sobre desconexión, las instrucciones en relación a la legislación de protección de datos, las facultades de control empresarial para verificar el cumplimiento de obligaciones y deberes laborales, de los medios telemáticos lesivos de la dignidad y de las circunstancias personales y la interpretación de las circunstancias excepcionales y de emergencia que limitan el derecho a la desconexión digital.

En consecuencia, la posible limitación o lesión de esos derechos fundamentales puede implicar la inconstitucionalidad de las cláusulas de las políticas, convenios colectivos o acuerdos empresariales. Especialmente si restringen o vulneran los derechos previstos legalmente a la intimidad y protección de datos, a conciliación de la vida laboral y horario flexible y a tiempo de descanso, a registro horario adecuado, a la salud (prevención de riesgos laborales), o a la igualdad (formación y promoción profesional).

En principio, "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano" (STC 88/1985, de 14 de agosto de 1985); y "el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano" (STC 99/1994, de 11 de abril).

Las limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato "suponen que también las facultades...organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos" (SSTC 292/1993, de 18 de octubre,

39/2016, de 3 de marzo afirma, entre otras) <sup>129</sup>. La jurisprudencia constitucional ha mantenido que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede derivar en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador. Admite la necesidad de equilibrio entre las obligaciones contractuales del trabajador y su libertad constitucional y, dada la especial trascendencia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, “esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE” (STC 39/2016, de 3 de marzo).

El artículo 18 CE garantiza el secreto de las comunicaciones si bien el control del cumplimiento de las obligaciones laborales puede legitimar al empresario a interferir en las mismas sin necesidad de autorización judicial. El desarrollo legislativo de esta disposición CE puede afectar con carácter general a derechos fundamentales como la intimidad (artículos 87.1, 88.1 y 89 LOPD), protección de datos (artículos 90.1 y 91 LOPD) y conciliación de la vida laboral familiar y personal (artículo 88.2 LOPD) <sup>130</sup>. El Estatuto de los Trabajadores no incluye referencias a las medidas tecnológicas ni a los derechos fundamentales implicados (salvo la dignidad de los trabajadores), pero prevé la vigilancia y control empresarial para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales (artículo 20.3) <sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, 173/1994, de 7 de junio, 11/1981, de 8 de abril, FJ 22.

<sup>130</sup> Vid., Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *IUSlabor* Nº 3, 2018, pág. 221. STJUE 7-09-2006, asunto C-484/04, Comisión vs Reino Unido.

<sup>131</sup> Para Cifuentes Mateo, D., “Los derechos laborales digitales y su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores”, *Revista Jurídica Pérez Llorca*, Nº 73, 2019, “La LOPD no introduce ningún cambio o modificación relevante en cuanto al

Entre los límites a las funciones organizativas de la empresa y en particular al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, se incluye el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador y a la desconexión digital, remitiendo a la legislación de protección de datos (artículo 20 bis). Así pues, la libertad empresarial aparece limitada en la normativa laboral en materia de supervisión (artículo 20), registro de efectos del trabajador (artículo 18 ET), condiciones laborales (4 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia), en base a los derechos fundamentales de intimidad y dignidad.

De igual modo, en la LOPD se establecen límites y garantías al uso de dispositivos móviles, de grabación, de videovigilancia, geolocalización y desconexión digital en el ámbito laboral que se detallan a continuación<sup>132</sup>.

El uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral aparece limitado si se pretende controlar el cumplimiento de obligaciones como garantía en el respeto a los estándares mínimos y a los derechos reconocidos legal y constitucionalmente <sup>133</sup>. En la desconexión digital se establecen como límites el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, la intimidad personal y familiar, el derecho de conciliación, la negociación colectiva y los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores; y como garantías la previa audiencia de los representantes de los trabajadores y la política interna que establezca modalidades de ejercicio y acciones de formación y sensibilización.

En relación al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación, como límites legales destacan la instalación en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como

---

alcance y protección de los derechos laborales digitales, tal y como hasta ese momento habían sido configurados por los tribunales laborales”.

<sup>132</sup> Preciado Domenech, H., Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de los derechos digitales, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág.57.

<sup>133</sup> Rodríguez Escanciano, S., "Derechos laborales digitales. Garantías e interrogantes", *Derecho de las relaciones laborales*, N° 2, 2020, pág. 217.

vestuarios, aseos, comedores y análogos y por riesgos a la seguridad de instalaciones, personas y bienes; y las garantías incluyen la información previa al trabajador y representante, el respeto al principio de proporcionalidad, el de intervención mínima<sup>134</sup>. Respecto del uso de sistemas de geolocalización, se limitan por el marco legal y se garantiza la información forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos y el ejercicio de sus derechos. En cuanto a los derechos digitales en la negociación colectiva, pueden establecerse garantías adicionales de derechos y libertades sobre tratamientos de datos personales de los trabajadores y derechos digitales.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, regula el trabajo a distancia y el derecho a desconexión digital conforme al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, con el fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE. Las peculiaridades del trabajo a distancia, y del teletrabajo como subespecie, derivan no sólo de su realización fuera de los locales de la empresa sino del “uso intensivo de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación”. Los riesgos intrínsecos a esta modalidad de relaciones laborales conducen a la limitación legal del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo para garantizar la jornada de trabajo <sup>135</sup>.

En particular, la hiperconectividad a través de las nuevas tecnologías implica “la alteración de las condiciones laborales y de la jornada de trabajo mediante la disponibilidad desproporcionada de la persona trabajadora; deberes de localización permanente y presentación en el trabajo en plazo breve; ejercicio del poder organizativo y direccional fuera de jornada laboral; desinformación

---

<sup>134</sup> Instrucción AEPD 1/2006, STCo 29/2013, SSTS 31 de enero de 2017, 2 de febrero 2017

<sup>135</sup>El artículo 20 bis ET establece expresamente que “los trabajadores tienen derecho a (...) a la desconexión digital (...) en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales” Se reconoce el derecho “(...) a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales” (artículo 14. J bis Estatuto Básico del Empleado Público).

sobre derechos y condiciones para la desconexión”. En relación a las garantías, la Ley 23/2015 de 21 de junio Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social afirma que los trabajadores tienen la opción, fuera de su horario laboral, de no responder a ninguna comunicación tecnológica “salvo que concurran circunstancias excepcionales que deberán hacerse constar en el propio cuerpo de la comunicación”, pudiendo ser objeto de infracción administrativa (artículos 22.1 y 2). Por último, la Carta de Derechos Digitales sin carácter normativo prevé entre sus fines “garantizar la subordinación de la tecnología al individuo y preservar la dignidad frente a la digitalización”.

Desde un punto de vista doctrinal, Baz Rodríguez analiza medidas garantistas ante el riesgo de vulneración de derechos fundamentales como la aplicación preventiva de “sistemas técnicos de información en forma de alertas (*prompt information systems, warning windows, pop ups, etc.*) que disuadan al trabajador de continuar con dichas prácticas, evitando preventivamente la necesidad de acceso empresarial”<sup>136</sup>. Excepcionalmente no se requieren cautelas para la accesibilidad a la correspondencia del trabajador en los supuestos de ausencia (enfermedad, vacaciones, permisos, etc.), cuando ello resulta necesario para su mantenimiento al no poderse garantizar la misma de otro modo (mediante la activación de funciones de respuesta automática o de desvío automático de los mensajes)<sup>137</sup>. Aunque la utilidad o conveniencia empresarial

---

<sup>136</sup> En opinión de Baz Rodríguez, J., “Protección de datos y garantía de los derechos digitales laborales en el nuevo marco normativo europeo e interno (RGPD 2016 y LOPDP-GDD 2018)”, *Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS*, 2019, pág. 145, “la exigibilidad del principio de transparencia en relación con las medidas de videovigilancia ha venido siendo, así pues, el auténtico foco de la conflictividad jurídica en el ámbito interno y europeo. El uso de cámaras o videocámaras no debe suponer un recurso para llevar a cabo una vigilancia defensiva en abstracto”.

<sup>137</sup> Vid., Baz Rodríguez, J., “Protección de datos...”, cit., pág. 151. “La realización de tareas o cometidos necesarios para el normal desarrollo de la actividad empresarial, especialmente en los supuestos de ausencia del trabajador (v. gr., consulta de documentos, acceso a condiciones contractuales pactadas con un cliente, etc.), puede aportar un motivo legítimo para el acceso a los contenidos de los dispositivos digitales”.

no pueden fundamentar la máxima eficacia a la finalidad de vigilancia porque “haría quebrar la efectividad del derecho fundamental en su núcleo esencial...”<sup>138</sup>.

Desde una perspectiva jurisprudencial se desarrolla el consentimiento del trabajador, la información, los principios de intervención mínima y proporcionalidad en la regulación de los derechos fundamentales digitales. Sobre el consentimiento, el control empresarial no constituye en sí mismo una facultad unilateral del empleador, sino que presenta un carácter bilateral que exige el acuerdo expreso, libre y no presunto del trabajador (STSJ Castilla-La Mancha del 31 de marzo de 2015).

Respecto de la información, la opacidad en la vigilancia empresarial sin transparencia y el control tecnológico en abstracto de los trabajadores pueden significar la vulneración de derechos fundamentales. Según Morau, G., “lesiona el derecho a la protección de datos...el recurso empresarial a medios encubiertos de tratamiento de datos de geolocalización que nieguen al trabajador la información plena exigible por el marco normativo vigente”<sup>139</sup>. Por consiguiente, resulta necesario ubicar distintivos en lugares visibles como espacios abiertos o cerrados (STC 39/2016) para informar sobre el tratamiento de datos obtenidos con las grabaciones y evitar pruebas ilícitas que conduzcan a la nulidad del despido del trabajador (STSJ Cataluña 22 de marzo de 2018).

Respecto al contenido del deber empresarial de información sobre los dispositivos de geolocalización con fines de supervisión de la prestación laboral, se detallan en la Resolución AEPD e/742/2008 señalando “la hora de

---

<sup>138</sup> Para Baz Rodríguez, J., “Protección de datos...”, cit., pág. 162, “no puede situarse el fundamento de las medidas de geolocalización, por consiguiente, en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia, por cuanto que esa lógica, fundada en la utilidad o conveniencia empresarial, haría quebrar la efectividad del derecho fundamental en su núcleo esencial...”

<sup>139</sup> Vid., Moraru Gratiela F., “De nuevo sobre los derechos digitales en el marco de las relaciones laborales. Una revisión del impacto laboral de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los Derechos Digitales”, *Revista española de derecho del trabajo*, N° 246, 2012, pág. 82.

arranque, la hora de aparcamiento, los puntos de paso y las paradas, la velocidad máxima y media de los vehículos, el consumo del vehículo por simulación en función de la distancia recorrida, las horas de funcionamiento, los kilómetros realizados en cada jornada y la desviación de horas del vehículo en función de un horario de trabajo configurable”.

La configuración legal de los derechos laborales digitales presenta una dimensión constitucional por la aplicación de los principios de intervención mínima y proporcionalidad. En concreto, las medidas de control empresarial deben equilibrar el interés legítimo del empresario a controlar el cumplimiento de obligaciones laborales con los derechos fundamentales de los trabajadores. Por lo que previamente al funcionamiento de un sistema de vigilancia, el empleador deberá de valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida, optando “por la adopción de otros medios menos intrusivos para la privacidad de los trabajadores”.

Al respecto, Serrano Olivares, R. señala que “los tribunales deberán valorar, en primer lugar, las concretas razones que justifican la puesta en práctica de determinados medios de control especialmente intrusivos; en segundo lugar, la existencia o no de mecanismos de control menos invasivos de la intimidad y la correspondencia, y, en tercer lugar, y en base a las anteriores consideraciones, si resulta o no justificado o proporcionado acceder, en su caso, al contenido de las comunicaciones” <sup>140</sup>.

La monitorización empresarial de una actividad debe estar justificada y ser proporcionada a la finalidad prevista para no vulnerar el derecho a la intimidad de los empleados <sup>141</sup>. Por consiguiente, se considera proporcionada la grabación con cámaras de seguridad si tienen como finalidad acreditada la de “servir como medio para certificar incumplimientos de concretos trabajadores, no pudiendo ser grabada toda la plantilla y debiendo tener tal grabación

---

<sup>140</sup> Vid., Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales...”, cit., pág. 218.

<sup>141</sup> SSTSJ Andalucía-Sevilla 22 de marzo de 2017, 11 de octubre de 2017 y 17 de enero de 2018, la STSJ Comunidad Valenciana, 13 de octubre de 2017, STSJ Cataluña, 5 de octubre de 2017.

“sorpresiva” u “oculta” un marco temporal acotado y una sospecha o indicio fundado” (STEDH del 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda). La jurisprudencia del TEDH niega el control empresarial sin límite temporal, cuando no existen sospechas fundadas en trabajadores concretos y paralelamente salvaguarda un espacio para el ejercicio de la vida privada social (STEDH de 5 de septiembre) 2017 <sup>142</sup>.

En definitiva, se considera una medida proporcionada, idónea y necesaria, la instalación de las cámaras por indicios durante un periodo reducido para confirmar las sospechas y sólo grabar alrededor del puesto de trabajo (sin grabar a nadie más ni en lugares controvertidos). Si bien la instalación de geolocalización en móviles privados se declara desproporcionada y abusiva según la SAN 136/2019, del 6 de febrero de 2019.

#### *2.4.5. Regulación en la negociación colectiva y políticas de empresa*

La insuficiente regulación prevista en la LOPD deja el contenido de los derechos digitales laborales a expensas de la negociación colectiva y subsidiariamente de las políticas internas empresariales <sup>143</sup>. Respecto a la negociación colectiva, se acude a esta fuente sin haber dotado previamente de contenido al derecho con un grave riesgo en aquellos ámbitos donde la representación de los trabajadores no tiene fuerza suficiente. Por lo que “un

---

<sup>142</sup> “Cuanto que se trató de un control con una duración prolongada en el tiempo, sin límite temporal y durante toda la jornada laboral, y no se basó en una sospecha concreta sobre trabajadores/as concretos, sino que derivó de una sospecha general respecto de toda la plantilla” (STEDH de 5 de septiembre de 2017).

<sup>143</sup> Gutiérrez Colominas, D., “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, N°31, 2020, pág. 6. “La negociación colectiva, que actuará como norma de mínimos en virtud del artículo 88.2 de la LO 3/2018, y un segundo escalón constituido por la política interna, que será elaborada por la empresa, previa audiencia de la representación legal de los trabajadores, según recoge el ex artículo 88.3 de la LO 3/2018”.

desarrollo mínimo habría permitido garantizar unos estándares esenciales del derecho, que podrían haberse constituido sin gran dificultad”<sup>144</sup>.

Con carácter general, el art. 91 LOPD establece que “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”<sup>145</sup>. También la negociación colectiva debe “concretar y adaptar los derechos digitales laborales a las circunstancias de los trabajadores afectados y a las características específicas de la actividad desempeñada, huyendo de fórmulas tipo y de soluciones que no permitan alcanzar su eficacia práctica”.

Sin embargo, en el trabajo a distancia se prevé legalmente un contenido amplio a los convenios colectivos consistente en los mecanismos y criterios para pasar del trabajo presencial a distancia o a la inversa, “así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares...” (artículo 8 LTD).

Ahora bien, los convenios colectivos que regulan derechos digitales laborales implican una negociación bilateral empresario-representantes de los trabajadores sobre los derechos fundamentales que aparecen involucrados (intimidad, protección de datos, dignidad, salud, conciliación de la vida laboral y familiar...), pese al carácter indisponible de estos últimos. Así, en la práctica, los convenios colectivos que han abordado derechos digitales (como la desconexión digital), recurren a la perspectiva del derecho fundamental a la

---

<sup>144</sup> En opinión de Sánchez Trigueros, C., “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital...”, cit., pág. 270 “un desarrollo mínimo habría permitido garantizar unos estándares esenciales del derecho, que podrían haberse constituido sin gran dificultad”.

<sup>145</sup> Vid., Martín Muñoz, R., “El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 239, 2021, pág. 7.

conciliación de la vida personal, laboral y familiar <sup>146</sup>. Sólo excepcionalmente incluyen la seguridad y salud en el trabajo como obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales (Telefónica y BBVA)<sup>147</sup>.

Paralelamente la omisión de derechos digitales o su previsión sin controles en la negociación colectiva no debe interferir en el reconocimiento de derechos fundamentales a los trabajadores. De modo que “los derechos fundamentales digitales” no pueden quedar a expensas de su inclusión en los convenios colectivos ni denegarse al trabajador por no haberse negociado con los sindicatos. Esta dimensión constitucional de los derechos digitales impide que su atribución quede supeditada a la negociación colectiva y además al riesgo de pactos en perjuicio de los trabajadores.

Los convenios colectivos presentan como límite la imposibilidad de rebajar las garantías legales, si bien la LOPD no garantiza la incorporación a los mismos de cláusulas restrictivas de derechos fundamentales. Las cláusulas de los convenios colectivos en caso de duda o contradicción entre los mismos deben ser objeto de una interpretación “*pro libertate*”, especialmente cuando están en juego derechos fundamentales del trabajador. Por esta razón, “nada impide que, existiendo regulación en el correspondiente convenio sectorial, pueda mejorarse en el ámbito de acuerdos colectivos de inferior grado jerárquico o incluso, en convenios colectivos de empresa, por aplicación del principio de la norma más beneficiosa (artículo 3.3 del ET)”.

---

<sup>146</sup> La Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol señala: “En el marco de una adecuada gestión del principio de conciliación de vida privada y vida profesional, la Mesa de Igualdad del acuerdo marco analizará en el seno de la empresa esta materia e identificará, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación”.

<sup>147</sup> El Acuerdo BBVA sobre Registro de Jornada y Desconexión Digital, de 25 de septiembre de 2019, reconoce el derecho de los trabajadores “a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.), una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurren excepciones justificadas que supongan un grave o evidente perjuicio empresarial, cuya urgencia temporal necesite de una respuesta inmediata”.

En segundo lugar, como fuente subsidiaria en defecto de negociación colectiva, la política interna configurada unilateralmente por la empresa puede diseñar las modalidades de ejercicio de derechos digitales, su contenido y efectos, abordar instrucciones en relación a la legislación de protección de datos y establecer las facultades para verificar el cumplimiento de obligaciones y deberes laborales. Además, se prevé que incluyan el ejercicio de acciones de formación y sensibilización para evitar el denominado riesgo de fatiga informática, así como las medidas concretas en el trabajo a distancia (artículo 88 LOPD).

No obstante, las amplias facultades empresariales en relación a los derechos digitales laborales y la discrecionalidad de las políticas internas presentan varios límites derivados de la negociación colectiva y del poder de dirección empresarial. “El empresario tiene un elevado margen de libertad para decidir su contenido, tan solo restringido por los límites del poder de dirección empresarial y el contenido que haya podido establecer la negociación colectiva ex artículo 88.3 de la LO 3/2018”. Por ello, las políticas empresariales no pueden establecer cláusulas unilaterales contrarias a la negociación colectiva, prevaleciendo los convenios en caso de contradicción o conflicto. Sobre las extralimitaciones del poder empresarial, la SAN 94/1997 de 17 de julio de 1997 declaró nulas unas ordenes empresariales por exceder de las facultades normales y regulares de la empresa y estar asignadas en horas no coincidentes con la jornada de trabajo preestablecida.

Al margen de los límites legales a las políticas internas en la LOPD, también cabe aplicar los derivados de la prevención de riesgos laborales en virtud del derecho de la persona trabajadora a la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo (artículos 15 y 16 LTD). El contrato laboral limita el margen discrecional de las políticas empresariales sobre protección de datos y derechos digitales mediante la aplicación prioritaria de las disposiciones negociales y la imposibilidad de alterar unilateralmente las condiciones de trabajo estableciendo otras causas de despido.

Respecto a las alteraciones contractuales vía política interna empresarial, “si bien es cierto que el empresario goza de una cierta libertad en la plasmación por primera vez de este instrumento, las posteriores modificaciones requerirán

el cumplimiento de las exigencias legales previstas en el artículo 41 del TRLET”. Deben realizarse conforme al procedimiento de modificaciones sustanciales y en caso de incumplimiento empresarial conllevan la extinción del contrato laboral a instancia del trabajador con indemnización<sup>148</sup>.

Respecto de los acuerdos privados, “el legislador rehúye en todo caso su existencia, ya que es consciente de que dejar este derecho en el ámbito de la autonomía privada implicaría precisamente colocar en una peor posición a todos aquellos trabajadores que tiene una menor disponibilidad para prestar sus servicios en todo momento, y en particular a todos aquellos que tienen obligaciones familiares”<sup>149</sup>.

En el campo del voluntarismo empresarial se incluyen las buenas prácticas, recomendaciones y protocolos empresariales sobre derechos digitales. Aunque “dichas regulaciones no garantizan en modo alguno el derecho, habiéndose limitado en algunos casos dichos reconocimientos a meras declaraciones de carácter programático con el objeto de prestigiar a la empresa”<sup>150</sup>.

En última instancia, las políticas internas y cualesquiera acuerdos con los trabajadores presentan como límite implícito los derechos fundamentales y su validez se subordina a la ausencia de restricciones o lesión de los mismos, derivando en la inconstitucionalidad de tales cláusulas relativas al incumplimiento de los derechos digitales.

---

<sup>148</sup> Vid., Gutiérrez Colominas, D., “La desconexión digital de los trabajadores...”, cit., pág.8.

<sup>149</sup> Vid., Sánchez Trigueros, C., “Derecho de los trabajadores...”; cit., pág. 253.

<sup>150</sup> Vid., Reche Tello, N., “La desconexión digital...”, cit., pág. 52.

#### 2.4.6. *Problemática constitucional. conflictos y límites de los derechos digitales de los trabajadores*

##### A) Conflictos con la libertad de empresa.

En la digitalización de los derechos laborales se ha previsto la vinculación con derechos fundamentales de forma no sólo expresa sino también implícita. En concreto, los artículos 87 y 88 LOPD reconocen el derecho a la protección de la intimidad personal y familiar en el uso de dispositivos móviles, la desconexión digital (artículo 88), frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (89) y la geolocalización (artículo 90). Paralelamente la ubicación de estos derechos digitales en la LOPD y respecto de la negociación colectiva (artículo 91), fundamentan la implicación del derecho fundamental a la protección de datos. Sin embargo, a diferencia del reconocimiento explícito del derecho a la intimidad en el título del precepto, el legislador no eleva el derecho a conciliación de la actividad laboral y de la vida personal y familiar a la categoría de derecho fundamental al regular la desconexión digital<sup>151</sup>.

De modo implícito, además de la intimidad y la protección de datos, también los derechos fundamentales a la imagen, honor, igualdad, la salud y la dignidad, entre otros, pueden resultar afectados por el control tecnológico de la empresa <sup>152</sup>. En cuanto a los bienes constitucionalmente protegidos son más amplios que los regulados en la LOPD como la igualdad y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, la salud (riesgo de sobrecarga cognitiva y emocional, estrés, ansiedad, tecnoddependencia...). En consecuencia,

---

<sup>151</sup> “Los empresarios tienen la obligación de velar para que los trabajadores soliciten efectivamente los periodos de descanso que les corresponden y disfruten de ellos” (STJUE 7-09-2006, asunto C-484/04, Comisión vs Reino Unido).

<sup>152</sup> Vid., Cámara Villar/López Aguilar/Balaguer Callejón/Montilla Martos, “*Manual de Derecho Constitucional*” (coord. Balaguer Callejón), Vol. I, Madrid, Tecnos, 2022, pág.125, sobre “la creación de las condiciones que hagan posible la dignidad real de los ciudadanos y el disfrute de los derechos”.

la interpretación de los derechos laborales digitales habría de ser igualmente *pro libertate*, en el sentido de la máxima efectividad por su vinculación con los derechos fundamentales a la intimidad, protección de datos, igualdad...

La naturaleza de los derechos laborales digitales simultáneamente como derechos fundamentales, justifica la protección constitucional de los trabajadores y la traslación de las garantías previstas en el artículo 53 CE. La colisión entre derechos fundamentales y constitucionales como la libertad de empresa debe resolverse mediante la ponderación, con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad <sup>153</sup>.

Respecto a la necesidad, las limitaciones que establece el empresario para satisfacer su propio interés han de ser las estrictamente necesarias y las que supongan menor agresividad para el derecho concretamente afectado (STC 98/2000) <sup>154</sup>. En relación a la proporcionalidad, sobre la vigilancia oculta del empresario “debe procurarse, en la medida de lo posible, el empleo de medidas menos invasivas” (STEDH de 9 de enero de 2018). De modo que si resultara imprescindible y obedece a una justa proporcionalidad su uso deberá limitarse tanto a destinatarios, espacios y tiempos. La SAN 13/2019, de 6 febrero consideró que se vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores pues no superaba el juicio de proporcionalidad ya que “la misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados...”.

Desde una perspectiva doctrinal, Rivas Vallejo admite que debe efectuarse “un análisis de necesidad, adecuación y proporcionalidad de la

---

<sup>153</sup> Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, N°138, 2017, pág.272.

<sup>154</sup> “Las limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que, si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes” (STC 98/2000, de 10 de abril).

medida empresarial cuestionada”, ya que el objeto de la vulneración no es otro que un derecho fundamental, y centrarse en otras cuestiones supondría privar a este de su carácter esencial<sup>155</sup>.

B) Control empresarial y la privacidad

En la actualidad, la supervisión empresarial del cumplimiento de las obligaciones laborales se verifica a través de medios tecnológicos y de un modo permanente con el riesgo de vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores. El control empresarial encuentra una base legitimadora en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 20.3)<sup>156</sup>. Sin embargo, la imprevisión legal del contenido de los derechos laborales digitales y el margen de maniobra empresarial resultante de la negociación colectiva y de las políticas interna, legitiman la ampliación del poder empresarial en materia de control<sup>157</sup>.

El control empresarial no puede ser absoluto, sino que debe sujetarse a presupuestos admitidos en la jurisprudencia como la legitimidad del empleador para realizar el control mencionado; la exigencia de una información previa al trabajador sobre el alcance de la supervisión del empleador y las condiciones de uso privado de las herramientas digitales; y la existencia de unas condiciones básicas de privacidad del trabajador que el empleador debe respetar.

Respecto de la legitimidad del empresario dependerá de los fines del control y de una base legitimadora como el contrato y el consentimiento del trabajador. El establecimiento de sistemas de control responde a una finalidad

---

<sup>155</sup> Destaca Rivas Vallejo, P., “Derecho a la protección de datos y monitorización del trabajo: juego de incumplimientos”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N<sup>o</sup> 10, 2021, pág. 5, señalando que “se trata de una vulneración pues el núcleo del litigio no puede centrarse en otra cuestión ajena a la propia vulneración del derecho fundamental, privándolo, en consecuencia, del carácter necesario para dilucidarlo en sede constitucional”.

<sup>156</sup> Reche Tello, R., “La desconexión digital...”, cit pág. 42. Se plantea “si se deben incrementar los controles para favorecer la desconexión”, como límite frente a la invasión de la privacidad por la empresa.

<sup>157</sup> Vid., Alzaga Ruiz/Sánchez Trigueros, *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Pamplona, Aranzadi, 2021, pág. 967.

legítima en el marco de las relaciones laborales como es verificar el cumplimiento de los deberes inherentes a toda relación contractual. Así lo admite expresamente el art.20.3 LET que, no obstante, establece como límite infranqueable la “consideración debida a la dignidad” del trabajador.

La LOPD exige al empresario que establezca “criterios específicos de utilización de dichos dispositivos digitales, así como las garantías necesarias para preservar la privacidad e intimidad”<sup>158</sup>. En cuanto a las condiciones básicas de privacidad deben orientarse al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales relacionados con la privacidad como la intimidad y la protección de datos (artículo 87 LOPD). Conforme al artículo 87 LOPD los trabajadores tienen, con carácter general, derecho a su privacidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa.

En consecuencia, el empleador solamente podrá acceder a los contenidos derivados del uso de estos dispositivos para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales, y garantizar la integridad de los trabajadores. La empresa debe determinar previamente si la utilización de los dispositivos digitales está circunscrita exclusivamente al ámbito profesional o por el contrario también se autoriza la utilización de los mismos para fines particulares, así como los periodos para un uso privado. Aunque según la STC 39/2016, de 3 de marzo, la finalidad del control no es un requisito imprescindible para la validez del uso del sistema.

Como se expuso en el apartado anterior, la dimensión constitucional del conflicto entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales fundamenta la ponderación en base a los principios de necesidad y proporcionalidad. Desde esta perspectiva, las medidas de control empresarial deben ser justificadas si confluyen sospechas de la conducta irregular del trabajador, así como idóneas para constatar dicha conducta y necesarias “cuando no pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz

---

<sup>158</sup> Vid., Baz Rodríguez, J., “Protección de datos...”, cit. pág. 150.

para acreditar la infracción laboral” a la vez que proporcionadas, sin que quepa utilizarlas de forma generalizada<sup>159</sup>.

### C) Deberes empresariales

La proyección de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha determinado la aparición de nuevos deberes empresariales, en reciprocidad a la reciente generación de derechos digitales laborales. Las actuales obligaciones de los empresarios presentan una vertiente contractual, convencional (negociación colectiva) o unilateral (políticas internas) pero también constitucional por afectar a los derechos fundamentales de los trabajadores.

En relación a los deberes empresariales de carácter unilateral, la STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2016, reconoce la obligación de disponer de políticas de gestión del tiempo, tales como procedimientos de conexión, medios de control y registros de jornada, para afrontar posibles reclamaciones sobre excesos de jornada, seguridad y salud laboral. Los principales deberes de los empresarios respecto del uso de dispositivos móviles, grabaciones, geolocalización y videovigilancia derivan de la protección jurídica de los trabajadores. Las obligaciones de información, prevención de riesgos laborales y de seguridad para garantizar la protección de datos, requieren actuaciones de las empresas y la previsión de consecuencias por su incumplimiento.

En primer lugar, el deber de información a los trabajadores sobre el uso de tecnologías presenta una base legal y además constituye una manifestación de la buena fe contractual en las relaciones laborales<sup>160</sup>. En base a la LOPD, la información habría de extenderse a los criterios de utilización de los dispositivos digitales, la especificación de los usos autorizados y de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados (artículo 87 LOPD). El artículo 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de

---

<sup>159</sup> Vid., STC 119/2022, de 29 de septiembre.

<sup>160</sup> La información y transparencia hacia el trabajador deriva de los principios de buena fe contractual, proporcionalidad y de intervención mínima.

datos personales y garantía de los derechos digitales afirma que “los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”. El artículo 22.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, concreta este deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679<sup>161</sup>.

El artículo 90 de la LOPD regula la utilización de sistemas de geolocalización con fines de control en el ámbito laboral y establece la obligación de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los representantes legales (si los hubiese) y, en su defecto, a los propios trabajadores, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, modifica el artículo 64.4 ET<sup>162</sup>. Ahora bien, aunque la información constituye un deber empresarial impuesto legalmente, su contenido resulta opcional y facultativo pues no se establece cual es el instrumento idóneo para ejecutar ese deber previo de información.

El deber de información no sólo presenta una dimensión legal y contractual sino también constitucional por configurarse como garantía y salvaguarda del trabajador “tanto de sus derechos y libertades relacionados con el tratamiento de sus datos personales, como de sus derechos digitales en el

---

<sup>161</sup> Considerando que “se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

<sup>162</sup> Según este artículo, “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.”

ámbito laboral” (artículo 87). Este deber legal y contractual rebasa la esfera del derecho laboral por afectar a los derechos fundamentales de los trabajadores.

El desarrollo jurisprudencial del deber de información empresarial legitima el control sobre el trabajador como mecanismo de salvaguarda de sus derechos fundamentales. En este sentido, la STS 160/2021, de 4 de octubre afirma que “el empleador dio estricto cumplimiento a las exigencias de información previa respecto de la posibilidad y efectiva existencia de las observaciones y grabaciones de las conversaciones telefónicas...”. No obstante, el deber de información empresarial no es suficiente en sí mismo para legitimar el control empresarial y garantizar los derechos fundamentales.

De otra parte, la STEDH del 5 de septiembre de 2017 (asunto *Barbulescu c. Rumanía*) reconoce que la información debe ser previa, sobre “el alcance y la naturaleza de las actividades de monitorización de su empresario...y sin que «las instrucciones de un empresario no pueden reducir a cero la vida social privada en el lugar de trabajo”<sup>163</sup>. El Tribunal Supremo entiende que para controlar hurtos y delitos es suficiente la presencia de los anuncios y carteles previstos en el artículo 22.4 de la LOPD, si la finalidad de las grabaciones efectuadas por el empresario es el control de las obligaciones laborales. De otra parte, la STSJ Madrid daba la razón al trabajador al no haber sido informado de una forma clara de la finalidad de la videovigilancia (STC 817/2021, de 21 de julio).

Entre los deberes empresariales aplicables a los derechos digitales laborales destacan velar por la seguridad y salud laboral, además de evaluar los riesgos laborales (artículo 16 de la LPRL). La digitalización de las relaciones laborales incluye una obligación de diligencia para abarcar la previsión de

---

<sup>163</sup> El TEDH considera insuficiente la información genérica de las políticas internas, debiendo regular “con más detalle y de manera mucho más específica, los supuestos y casos particulares en los que la empresa podrá hacer uso de sus facultades de control y monitorización” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos Gran Sala 5-9-17, asunto *Barbulescu II vs. Rumanía*, req 61496/08.2 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018).

riesgos laborales<sup>164</sup>. En este sentido, “no menos cierto es que en nuestra experiencia esa obligación está integrada por una diligencia especial a cargo del empleador...”<sup>165</sup>.

Sobre este deber empresarial, la Inspección de Trabajo exige en la actualidad un protocolo de desconexión digital para la prevención de riesgos laborales (Criterio Técnico 104/2021, de 13 de abril de 2021). Las actuaciones inspectoras incluyen una política interna para garantizar el derecho a la desconexión digital, protección ante riesgos psicosociales y daños a la salud. Además de estos deberes empresariales, se añade la obligación de formar a sus trabajadores (artículo 19 de la LPRL) mediante “acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, como parte de la política interna” (artículo 88.3).

#### D) Incumplimientos y efectos jurídicos

En principio, debe destacarse “la posible debilidad (incluso, nulidad) de los efectos jurídicos del incumplimiento por el empleador del derecho a la desconexión digital”. Para Trillo Párraga se genera “una suerte de indemnidad respecto de actuaciones empresariales vulneradoras de derechos fundamentales”<sup>166</sup>.

Con carácter general, el incumplimiento empresarial se subordina a los fines y a los criterios constitucionales de necesidad, proporcionalidad y al principio de minimalización en la utilización de sistemas de control empresarial, especialmente optando por el método menos invasivo de derechos

---

<sup>164</sup> Según Sánchez Trigueros, C., “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital...”, pág. 237, el artículo 14 de la LPRL atribuye al empresario se incluye la obligación de protección frente a riesgos no solo físicos sino también psicosociales, dentro de los cuales se incardinan la mayoría de los vinculados al derecho a la desconexión digital.

<sup>165</sup> Vid., Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías...”, cit., *Temas Laborales* 138, pág. 267.

<sup>166</sup> Vid., Reche Tello, N., “La desconexión digital como límite...”, cit. pág. 35.

fundamentales de los trabajadores <sup>167</sup>. Como causas de incumplimiento respecto de los derechos digitales laborales pueden señalarse aquellas que afectan a la política interna, deberes contractuales y vulneración de derechos fundamentales. Entre las consecuencias jurídicas se incluyen la nulidad, sanciones, medidas correctoras, garantías de indemnidad, responsabilidades, resarcimiento de daños e indemnizaciones.

Respecto al incumplimiento de la política interna empresarial no se han previsto legalmente sanciones, aunque cabe la aplicación del artículo 6.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, además de la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.c del TRLET.

En segundo lugar, la falta de información previa por el empresario conlleva la nulidad y la sanción por infracción muy grave (artículo 8.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social). También la nulidad debe aplicarse a la transgresión de la buena fe contractual, así como a las cláusulas contractuales abusivas y lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ejercicio del control empresarial.

En la práctica el contrato laboral puede operar como coartada para la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores mediante la presunción de autorización, consentimiento, o renuncia a los mismos. Así la STS 817/2021, de 21 de julio, señala que el control empresarial reconocido por el art. 20.3 ET cubre el tratamiento de datos sin necesidad de autorización, que, por tanto, se entiende implícita en la celebración del contrato de trabajo. De otra parte, la SAN de 24 de enero de 2003 excluye la concurrencia de un consentimiento tácito de los trabajadores por el hecho de soportar pasivamente la captación de imágenes.

---

<sup>167</sup> Resulta necesario evaluar los sistemas de control horario como resulta del Dictamen 16/045 de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

En relación a las sanciones previstas por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), se califica como grave (art. 7.5 LISOS) “la transgresión de las normas y límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo...”. El incumplimiento del empresario con abuso de poder mediante órdenes dadas en el ejercicio regular de sus facultades directivas, permite al trabajador “negarse a cumplirlas”.<sup>168</sup> Entonces sería posible la aplicación de medidas correctoras que pueden ser acordadas por la autoridad de control y consistir en advertencias, apercibimientos, actuaciones específicas en un plazo determinado; o bien una limitación temporal o definitiva del tratamiento de los datos.

Respecto del incumplimiento de los deberes empresariales de seguridad, pueden derivar en una responsabilidad por brechas de riesgo en la protección de datos debido a la falta de diligencia de la entidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos personales. Sin embargo, cabe señalar la imprevisión de garantías de indemnidad para los supuestos en que el trabajador reclame a la empresa sus derechos digitales o la vulneración de los mismos<sup>169</sup>. En particular, el legislador no establece como despido improcedente aquel que deriva del incumplimiento de obligaciones laborales por el trabajador debido a un excesivo control empresarial a través de dispositivos tecnológicos. En esta línea, la STS Valencia de 17 de julio de 2018 considera que los medios tecnológicos empleados no constituyen un medio de prueba del despido del trabajador, al no haber regularizado el sistema de videovigilancia. En contra, la STC 119/2022, de 29 de septiembre de 2022 admite el despido de la empresa basado en la prueba de las imágenes de las

---

<sup>168</sup> Según el TC “ha de tratarse de órdenes dadas en el ejercicio regular de sus facultades directivas, y el trabajador podrá negarse a cumplirlas”, sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho” (STC de 28 de noviembre de 1989).

<sup>169</sup> Vid., Gutiérrez Colominas, D., “La desconexión digital de los trabajadores...”, cit., pág. 9.

cámaras de seguridad instaladas en el establecimiento por ser conocidas de la persona trabajadora, pese a no ser informada sobre la finalidad de control disciplinario que se llevó a cabo<sup>170</sup>.

#### 2.4.7. *Propuestas jurídicas en el campo de los derechos digitales laborales: los algoritmos.*

En principio la limitación de los derechos digitales laborales al uso de dispositivos móviles, videovigilancia, grabaciones y geolocalización implica una posición legislativa favorable al *numerus clausus*. Sin embargo, la imprevisión legal de los algoritmos, *big data* o la inteligencia artificial y su influencia en las relaciones laborales, constituyen nuevas amenazas a los derechos de los trabajadores (acceso al empleo, condiciones contractuales, extinción por despido...). Por esta razón, resulta necesaria una regulación que aborde la problemática derivada de estos últimos avances tecnológicos en las relaciones laborales.

Centrándose en el análisis de los algoritmos, debe destacarse su vertiente constitucional con efectos positivos y negativos, según contribuyan respectivamente a la identificación, prevención, solución de contextos de discriminación, o por el contrario actúen como sesgo en perjuicio de grupos vulnerables.

Respecto de las ventajas atribuibles a los algoritmos destacan su diseño como *herramientas automatizadas y diseñadas para la detección de normas, patrones y estereotipos discriminatorios*. Según Benítez “numerosas iniciativas basadas en el aprovechamiento del *big data* también generan un enorme potencial para reducir la brecha de género, potenciar la consecución de

---

<sup>170</sup> La STEDH en el caso “López Ribalda” condenaba al Estado por contrario al contenido de la Convención la ausencia de información previa sobre la instalación de los dispositivos de vigilancia al considerarse una intromisión ilegítima en la esfera de la privacidad y la intimidad de los trabajadores.

derechos humanos, mejorar el desarrollo y la vida de las personas”<sup>171</sup>. En la esfera laboral posibilitan la reducción de la brecha salarial con sistemas orientados a la transparencia retributiva empresarial y la mejorabilidad del empleo mediante perfiles sobre productividad y rendimiento.

Atendiendo a los aspectos negativos, los algoritmos generan una problemática derivada de la toma de decisiones sin ética en la automatización y operatividad con perfiles de control y discriminatorios. La STS de 23 de mayo de 2023 reconoce el uso empresarial de algoritmos para controlar no ya la prestación de servicios global realizada por la contratista -o el cumplimiento de los objetivos por parte de la empresa contratista-, sino concretamente a cada uno de los trabajadores de la contratista. En cuanto al aspecto discriminatorio pueden provocar sesgos con rendimiento dispar en grupos caracterizados por distintos atributos demográficos, lo que redundará en un comportamiento desigual (Tepfer)<sup>172</sup>. Así los algoritmos pueden discriminar a sujetos vulnerables en el acceso al empleo incorporando métodos de selección de personal, promoción y ascenso profesional en el sector privado y de la Administración.

Para Sáez Lara habría que cuestionar esa fácil equiparación de la discriminación algorítmica a un eventual supuesto de discriminación indirecta, dirigido a evitar el uso de criterios neutros, pero con efectos discriminatorios, siempre que no estén justificados por su fin legítimo y no superen un escrutinio de adecuación y proporcionalidad.

El riesgo de discriminación empresarial por razón de género y a ciertos colectivos vulnerables está presente en la ejecución empresarial de los derechos digitales laborales, a pesar de que la protección jurídica se extiende a

---

<sup>171</sup> Vid., Benítez Eyzaguirre, L., “Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género”, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, N°3, 2019, pág. 1314.

<sup>172</sup> Vid., Viviana Tepfe, M., “Algoritmos, nuevo actor en las relaciones laborales”, *www.Scielo Laboral.com*, 2002, pág. 3.

todos los trabajadores (artículo 88 y ss. LOPD) <sup>173</sup>. La Directiva 2003/88/CE señalaba la posibilidad de excepciones a causa de las características especiales de las actividades realizadas o “cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores” (artículo 17.1). Por lo que la tipología de empresa influye en la previsión de derechos digitales en los convenios colectivos.

En concreto, la posición que los trabajadores ocupan en la empresa puede determinar la exposición a riesgos de vulneración de los derechos fundamentales digitales, como en el caso de los trabajadores con superiores responsabilidades, ejecutivos o directivos empresariales, en puestos empresariales elevados. De igual modo también están expuestos los trabajadores a distancia, a domicilio o teletrabajadores por “el riesgo de extenderse la inercia que lleva a difuminar los límites espaciales de la prestación laboral”. En consecuencia, habrían de establecerse en los convenios colectivos y acuerdos empresariales medidas preventivas y antidiscriminatorias que garanticen los derechos digitales laborales.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia que sustituye al Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, regula la prevención y adopción de medidas antidiscriminatorias individualizadas respecto de las personas teletrabajadoras (artículo 4). En particular “la obligación empresarial de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia en las medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral”.

El riesgo de que la automatización o algoritmización de la realidad imponga *una nueva arbitrariedad afín a los intereses de quienes la promueven* (Prieto) como los empresarios o la Administración y contraria a trabajadores

---

<sup>173</sup> Según Landa Arroyo, C., “Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial y Algoritmos”, *Themis Revista de Derecho*, noviembre 2021, si los sistemas algorítmicos de toma de decisiones se basan en decisiones humanas previas, es probable que los mismos prejuicios que potencialmente socavan la toma de decisiones cotidianas se repliquen y multipliquen en los sistemas algorítmicos de toma de decisiones, solo que luego serán más difíciles de identificar y corregir.

especialmente vulnerables, exige medidas y respuestas antidiscriminatorias, garantes de los derechos fundamentales afectados. La superior indefensión de los trabajadores víctimas de algoritmos afecta al derecho a tutela judicial efectiva por la impunidad que genera una decisión no humana y las dificultades para identificar a los responsables<sup>174</sup>. Por esta razón la responsabilidad por discriminación o vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores debería ser solidaria sin que pueda alegarse la incapacidad de decisión por quienes ejecutan los algoritmos.

El desconocimiento de sus potenciales efectos discriminatorios no priva de una conducta omisiva negligente, al margen de las actuaciones dolosas a sabiendas de los sesgos de género o de otra índole<sup>175</sup>. Entre los factores que pueden agravar la responsabilidad habrían de incluirse el conocimiento por las empresas de los efectos discriminatorios originarios o sobrevenidos: la reincidencia en la creación o aplicación de algoritmos con sesgos de género, la no eliminación de estos programas o ausencia de mejoras técnicas y correcciones para evitarlos, la exposición a vulnerabilidad o el volumen de perjudicados, entre otros.

La inconstitucionalidad de los algoritmos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales debería obligar a las empresas diseñadoras a introducir correcciones jurídicas basadas en principios de razonabilidad, proporcionalidad, perspectiva de género y datos procedentes de la jurisprudencia<sup>176</sup>. “Algunas empresas trabajan sobre bancos de datos que tienen en cuenta las diferencias de sexo, nacionalidad o morfología y han

---

<sup>174</sup> Vid., Monasterio Astobiza, A., “Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos”, *Dilemata*, N° 24, (Ejemplar dedicado a: Ética de datos, sociedad y ciudadanía), 2017, pág. 197.

<sup>175</sup> Vid., Sáez Lara, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N°155, 2020, pág. 47.

<sup>176</sup> Al respecto, vid., Aragüez Valenzuela, L., “Desafíos de la digitalización de las relaciones laborales: algoritmos, robotización y trabajo a distancia”, *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)* N° 1, 2022, pág. 9.

actualizado sus algoritmos para que sean más inclusivos. Se han especializado en “la elaboración de herramientas que permiten evaluar los algoritmos y determinar si contienen prejuicios”.

Por último, la superación de la naturaleza estrictamente laboral de los derechos digitales en las relaciones de trabajo contribuye al afianzamiento de su dimensión constitucional. Desde esta perspectiva, se fundamenta la especial transcendencia constitucional de estos nuevos derechos laborales por representar nuevas realidades sociales, sin apenas doctrina constitucional y tratarse de cuestiones jurídicas con repercusión social y económica, y consecuencias políticas generales. Aunque la delimitación legal de las responsabilidades en un contexto tecnológico constituye una asignatura pendiente. La posible intervención de otros responsables junto al empresario plantea la exigibilidad de una responsabilidad solidaria que corresponde dirimir a los órganos judiciales, sin hacer recaer en el trabajador la carga de la prueba.

## 2.5. El impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales

En el ámbito europeo, se define la inteligencia artificial como un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales (artículo 3 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

Esta regulación pretende la armonización en materia de inteligencia artificial para establecer un marco con el objetivo prioritario de garantizar el respecto de “la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión” <sup>177</sup>. Según la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea “el uso de sistemas de IA compromete a una gran diversidad de derechos fundamentales” (privacidad, protección de datos, no discriminación, el acceso a la justicia, la dignidad humana, además del derecho a la seguridad social y la asistencia social, el derecho a una buena administración...).

La problemática constitucional de la inteligencia artificial presenta numerosos frentes derivados del elevado riesgo de vulneración de derechos fundamentales, la intervención de responsables públicos y privados difícilmente

---

<sup>177</sup> “El uso de la IA, con sus características particulares (p. ej., la opacidad, la complejidad, la dependencia de datos, el comportamiento autónomo) puede tener repercusiones negativas para múltiples derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta»). La propuesta reforzará y promoverá la protección de los derechos salvaguardados por la Carta: el derecho a la dignidad humana (artículo 1), el respeto de la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal (artículos 7 y 8), la no discriminación (artículo 21) y la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23). Su objetivo es evitar un efecto paralizante sobre los derechos a la libertad de expresión (artículo 11) y de reunión (artículo 12), y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y los derechos de la defensa (artículos 47 y 48), así como el principio general de buena administración. Asimismo, al ser aplicable en determinados ámbitos, la propuesta tendrá efectos positivos en los derechos de diversos grupos especiales, como los derechos de los trabajadores a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31), un elevado nivel de protección de los consumidores (artículo 28), los derechos del niño (artículo 24) y la integración de las personas discapacitadas (artículo 26). El derecho a un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad (artículo 37) también es pertinente, en particular en lo que respecta a la salud y la seguridad de las personas. La presente propuesta impone ciertas restricciones a la libertad de empresa (artículo 16) y la libertad de las artes y de las ciencias (artículo 13), con vistas a garantizar que se respeten los fines imperiosos de interés general relacionados con ámbitos como la salud, la seguridad, la protección de los consumidores y la protección de otros derechos fundamentales («innovación responsable») cuando se desarrolle y utilice tecnología de IA de alto riesgo. Dichas restricciones son proporcionadas y se limitan al mínimo necesario para prevenir y reducir riesgos graves para la seguridad y violaciones probables de los derechos fundamentales”.

identificables, el desigual nivel de afectación según se trate de predicciones, recomendaciones o decisiones con posibles lagunas y daños masivos <sup>178</sup>.

Desde un punto de vista normativo, el impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales ha sido reconocido por el Reglamento de Inteligencia Artificial estableciendo un marco de seguridad mediante los sistemas de estrategias de aprendizaje automático, con exclusión de los que operen con alto riesgo sobre aquéllos. En particular, se prohíbe la utilización de la IA con fines de puntuación ciudadana y la explotación de las vulnerabilidades de grupos específicos según su situación social o económica, como *la evaluación del riesgo de una persona física de delinquir o reincidir o para predecir la ocurrencia o reincidencia de una infracción penal o administrativa real o potencial basada en la elaboración de perfiles de una persona física, de los rasgos y características de la personalidad, incluida la ubicación de la persona, o del comportamiento delictivo pasado de personas físicas o grupos de personas físicas*".

Paralelamente debe protegerse especialmente a los grupos vulnerables prohibiendo "técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra; aproveche alguna de las vulnerabilidades de un grupo específico de personas debido a su edad o discapacidad física o mental para alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona que pertenezca a dicho grupo de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra; con el fin de evaluar o clasificar la fiabilidad de personas físicas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad; trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos, injustificado y desproporcionado..." (Reglamento Europeo de IA).

---

<sup>178</sup>Destaca Cotino Hueso, L., "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *DILEMATA*, N° 24, 2017, pág. 155.

Entre los efectos de la IA en derechos fundamentales se incluyen la intromisión en la intimidad y las vidas privadas, la discriminación, la protección de datos, la libertad personal (por predicciones de delitos en perjuicio de ciudadanos de ciertas zonas geográficas sometidos a un mayor control policial)<sup>179</sup>. “La inteligencia artificial también puede afectar a la privacidad y a la libertad de expresión, ya que un mal uso de ella puede derivar en una vigilancia masiva o permitir el acceso y el uso indebido de datos personales o sensibles sin el consentimiento y/o conocimiento de las personas afectadas, socavando la privacidad y la libertad de expresión de los ciudadanos”.

A nivel doctrinal, Cotino admite la vulneración por sistemas de IA de derechos fundamentales como la igualdad, la libertad de expresión en base a contenidos automatizados generados por máquinas, con la imperceptibilidad del daño y la anonimización de datos como medida insuficiente<sup>180</sup>. En esta línea, César Landa afirma que “en el contexto de la inteligencia artificial, el tratamiento de datos masivos y el uso de algoritmos puede desembocar en estos tratos discriminatorios”<sup>181</sup>. Al margen de que “el diseño y funcionamiento de los

---

<sup>179</sup> Una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2023 ha anulado dos leyes que permitían la evaluación automatizada de datos con fines policiales. Además, establece elevados estándares de calidad de la ley para los tratamientos automatizados de datos para la prevención del delito. Asimismo, excluye el uso de sistemas IA. La regulación legal debe establecer los mínimos técnicos y organizativos y limitar los métodos y los datos utilizados. “El problema surge cuando estos sistemas se apoyan en datos que pueden reflejar, de manera intencionada o no, sesgos en función de cómo se registran los delitos, qué delitos se seleccionan para ser incluidos en el análisis o qué herramientas analíticas se utilizan. En particular, dichos programas permiten incorporar lo que no son delitos graves (homicidios, asaltos...) sino, más bien, alteraciones del orden público y la seguridad ciudadana (venta de drogas a pequeña escala, consumo de alcohol en la calle...) y eso acaba generando más atención policial a los barrios donde tales alteraciones se producen”.

<sup>180</sup> Según Cotino Hueso, L., “*Big data* e inteligencia artificial...”, cit., págs. 134 y 141, “el empleo de la IA también puede derivar en el control de discursos y de la información que se comparte a través de Internet, limitando la libertad de expresión. En tercer lugar, la inteligencia artificial no es transparente para los humanos, por lo que sus herramientas en ocasiones pueden generar conflictos, dificultando el control y la rendición de cuentas”.

<sup>181</sup> Vid., Landa Arroyo, C., “Constitución, derechos fundamentales...”, cit., pág. 106.

algoritmos y las técnicas de procesamiento de datos tienen un enorme impacto sobre el derecho a recibir y difundir información, que es la base de la libertad de expresión”<sup>182</sup>. De otra parte, Presno Linera señala que la protección de datos y el secreto de las comunicaciones se encuentra entre los derechos fundamentales más afectados por la aplicación de la IA<sup>183</sup>.

Desde una perspectiva jurisprudencial, destaca la STEDH (caso *Big Brother Watch y otros c. el Reino Unido*), de 25 de mayo de 2021 reconociendo que “el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no impide recurrir con carácter general a la interceptación masiva de las comunicaciones para proteger la seguridad nacional u otros intereses esenciales contra amenazas externas graves; también que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar el tipo de régimen de interceptación que necesitan a tal efecto”.

En el ámbito nacional, según el Tribunal Constitucional la protección de datos constituye “un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos” (STC 292/2000 FJ 5). El contenido de este derecho “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un

---

<sup>182</sup>Vid., Landa Arroyo, C., “Constitución, derechos fundamentales...”, cit., pág. 45, en ese sentido, los algoritmos y motores de búsqueda producen efectos positivos para el derecho fundamental a la libertad de expresión; sin embargo, también existen fundadas preocupaciones sobre si este modelo es propicio para el debate público, pluralista y tolerante, el cual debe ser igualmente accesible e inclusivo para todos dentro de una sociedad democrática”.

<sup>183</sup>Vid., Presno Linera, M., “Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación”, *Revista Jurídica de Asturias*, Nº 45, 2022. “Respecto a los datos, en el conocido libro de Shoshana Zuboff *La era del capitalismo de vigilancia* se hace eco de una investigación llevada a cabo por periodistas de Quartz que, ya en 2017, pusieron de manifiesto que los teléfonos Android recogían las direcciones de las torres de telefonía móvil cercanas -incluso cuando los servicios de localización estaban desactivados- y enviaban esos datos a Google. El resultado es que Google tenía acceso a datos sobre la ubicación de las personas y sus movimientos que iban mucho más allá de una expectativa razonable de privacidad del consumidor”.

particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (STC 292/2000, FJ 7). Por su trascendencia el Alto Tribunal admite que hay que “controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona” (STC 94/1998, FJ 6).

En la práctica, los sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» realizados en espacios de acceso público, así como el acopio de datos sin autorización mediante técnicas de *big data* resultan intrusivos en el derecho fundamental a protección de datos.

Respecto al derecho fundamental de participación y voto, el Tribunal Constitucional ha confirmado que la inconstitucionalidad del rastreo de opiniones en redes sociales por infracción del artículo 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). En base al derecho fundamental a tutela judicial efectiva, “la digitalización de los procesos judiciales –demandas, audiencias y sentencias digitales– facilita a los justiciables el acceso a la justicia sin desplazamientos innecesarios y en plazos menos dilatados; sin embargo, en el sistema de justicia penal, se resienten principios procesales como la inmediación y la valoración de las pruebas, en la medida en que una audiencia virtual nunca llega a ser igual a una audiencia presencial “<sup>184</sup>. En particular, el principio de presunción de inocencia puede verse afectado por el recurso a la inteligencia artificial y a las herramientas de *big data* para la persecución del fraude, cuestionando las actuaciones de la Seguridad Social respecto de las bajas laborales y la Agencia tributaria entrando en el domicilio de una empresa sólo por haber tributado por debajo de la media del sector.

Por último, el derecho fundamental de reunión y manifestación se vulnera mediante “el funcionamiento de los algoritmos en las plataformas de las redes sociales y la gran cantidad de información personal identificable sobre

---

<sup>184</sup> Vid., Landa Arroyo, C., “Constitución, derechos fundamentales...”, cit., pág. 45.

los individuos que está disponible...para rastrear e identificar personas y clasificarlas si promueven reuniones y manifestaciones” (Presno Linera) <sup>185</sup>.

A continuación, las garantías de los derechos fundamentales frente a la IA se basan en el régimen actual de excepciones, deberes y responsabilidades. Sobre este tema César Landa afirma que “la IA formaliza una lógica opuesta a la que subyace al sistema de garantía y protección de los derechos fundamentales propio de un Estado democrático de Derecho, y se provoca, asimismo, el indeseado chilling effect o efecto desaliento en los ciudadanos, quienes además ya “perciben la pérdida de privacidad como una consecuencia inevitable del progreso tecnológico, o como el precio que debemos de pagar si queremos evitar el aislamiento social” (Sancho López, 2019, 19)”.

En primer lugar, respecto de las excepciones se han excluido explícitamente del ámbito de aplicación del Reglamento de Inteligencia Artificial los fines militares, de defensa o de seguridad nacional, e investigación. Si bien la interpretación de estos criterios debe ser restrictiva para garantizar que los derechos fundamentales queden a expensas de la discrecionalidad del Estado.

Entre los deberes legales derivados de la IA se incluyen “la obligación de los proveedores de elaborar documentación técnica, la adopción de medidas correctoras, información a las autoridades competentes y cooperación, de los fabricantes de los productos como responsables, distribuidores respecto de las instrucciones de uso, importadores y de los propios usuarios que deben seguir las instrucciones en los sistemas de alto riesgo; tratamiento de datos conforme al interés público; mecanismos de seguimiento eficaces para detectar si pueden producirse riesgos elevados para los derechos fundamentales; conservar una descripción completa y detallada del proceso y la justificación del entrenamiento, la prueba y la validación del sistema de IA junto con los resultados del proceso de prueba como parte de la documentación técnica; confidencialidad y vigilancia

---

<sup>185</sup> Vid., Presno Linera, M., “Teoría general de los derechos fundamentales...”, cit., pág. 23.

humana de las máquinas por personas físicas con objeto de prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales “<sup>186</sup>.

La determinación de responsabilidades se dificulta porque “los sistemas de IA se desarrollan y distribuyen mediante cadenas de valor complejas”, debiendo determinarse los responsables y agentes de las mismas como los proveedores y usuarios<sup>187</sup>. Entre los factores que delimitan la responsabilidad destacan los fines y objetivos del sistema de IA causante del riesgo o daño, la intencionalidad, el nivel de autonomía alcanzado en sus acciones a partir de su diseño o generación y opacidad, modulándose en base al nivel de información suministrado durante la investigación, la reincidencia o reiteración, adhesión a la sanción.

Ahora bien, el sistema de responsabilidades por vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de la IA presenta una vertiente subjetiva y objetiva. A nivel subjetivo, se atiende al cumplimiento de las obligaciones proporcionadas a la intervención y a la relación de causalidad entre el perjuicio y la lesión de derechos fundamentales. Para la concreción de los sujetos responsables debe evaluarse su actuación en materia de prevención, pruebas ex ante, gestión de riesgos para su reducción al mínimo, el error o intencionalidad, así como “el control ex post” para facilitar la compensación a los afectados y el volumen de ciudadanos perjudicados, el uso indebido, la desatención a la instrucción de uso, el funcionamiento, la retirada del sistema o el seguimiento posterior, entre otros aspectos.

---

<sup>186</sup> La información se divulgará siempre con arreglo a la legislación pertinente en la materia, entre la que se incluye la Directiva 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Cuando las autoridades públicas y los organismos notificados deban tener acceso a información confidencial o al código fuente para examinar el cumplimiento de las obligaciones sustanciales, tendrán que cumplir obligaciones de confidencialidad vinculantes.

<sup>187</sup> Las sanciones por el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento de Inteligencia Artificial, están sujetas a límites más proporcionados a las multas administrativas que pueden imponerse a las pymes y las empresas emergentes”.

Paralelamente, la responsabilidad predictiva (como en el sistema de VioGén empleado para la violencia de género en España) puede provocar un daño que exige indemnizaciones a las víctimas. En esos casos, es posible considerar responsables solidarios al Estado, agentes, autoridades y órganos que lo aplican de modo automatizado sin supervisión humana y a los diseñadores del programa. De otro lado, la responsabilidad pro activa debe extenderse a los responsables del tratamiento derivada de los derechos reconocidos a los ciudadanos (César Landa) <sup>188</sup>.

Desde un punto de vista objetivo, la responsabilidad se subordina al nivel de protección proporcional al riesgo, la transparencia y trazabilidad, considerando especialmente las esferas críticas en que se produce el perjuicio “como la educación y la formación, el empleo, servicios importantes, la aplicación de la ley y el poder judicial”. Las violaciones de los derechos fundamentales requieren la revisión de la transparencia y trazabilidad garantizadas en los sistemas de IA y la implantación de unos controles ex post sólidos, para la compensación efectiva de las personas afectadas <sup>189</sup>. Al

---

<sup>188</sup> En opinión de Landa Arroyo, C., “Constitución, derechos fundamentales...”, cit., “no sólo es que administraciones públicas deben comenzar a revisar sus sistemas y publicar los algoritmos, algo que no han hecho ni con VioGen, ni con Veripol, ni con RisCanvi en Cataluña, los cuales carecen de una mínima transparencia o mínima auditoria del sistema de predicción de riesgo de violencia de género considera que la calidad de los datos es mejorable o presenta sesgos y discriminaciones. En España, el sistema *VioGèn* tiene en cuenta a efectos de evaluación e incremento del riesgo, que la víctima sea extranjera, teniendo en cuenta su origen o su nacionalidad, y su procedencia cultural. Así, se desconocen qué nacionalidades, orígenes o procedencias culturales se catalogan como arraigados valores sexistas y qué estudios los justifican como tal, en cuanto que podría producirse un sesgo racista. Si bien se trataría de un indicador de la víctima, lo cierto es que se entiende que será más posible que víctima y agresor sean de la misma nacionalidad y origen”.

<sup>189</sup> La Asociación Profesional de la Magistratura afirma que “e igual manera, deberemos de estar especialmente atentos a la decisión del TJUE en el Asunto C-634/21 OQ contra Land Hessen, con intervención de: SCHUFA Holding AG, puesto que puede determinar la obligación de suministrar información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas en el caso de decisiones automatizadas, considerando

margen de que en aquéllos clasificados como de alto riesgo deben adoptarse cautelas superiores para evitar su vulneración <sup>190</sup>.

Por último, sin perjuicio de incorporar la inversión de la carga de la prueba en defensa de los titulares de derechos fundamentales vulnerados por IA, las sanciones administrativas actuales atienden a la naturaleza, gravedad, duración de la infracción y sus consecuencias, así como al tamaño y la cuota de mercado del operador que comete la infracción.

En definitiva, el desarrollo del actual marco normativo debe garantizar “la minimización de datos, la rendición de cuentas, la transparencia, la no discriminación y la explicabilidad, sometiendo el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA a los principios de precaución y proporcionalidad” (Presno Linera)<sup>191</sup>.

## 2.6. Las cláusulas abusivas de derechos fundamentales

La imprevisión constitucional de la figura del abuso de derechos fundamentales y las extralimitaciones en su ejercicio contribuye a la impunidad

---

ésta en el sentido de que incluya explicaciones suficientemente detalladas sobre el método utilizado para el cálculo del score y sobre las razones y factores que han conducido a un resultado determinado en la toma de decisiones y su importancia desde el punto de vista agregado a fin de poder impugnar la decisión. Sin que pueda acogerse a causas de secreto comercial o de propiedad intelectual”.

<sup>190</sup> En la Propuesta de Reglamento, la finalidad prevista»: el uso para el que un proveedor concibe un sistema de IA, incluido el contexto y las condiciones de uso concretas, según la información facilitada por el proveedor en las instrucciones de uso, los materiales y las declaraciones de promoción y venta, y la documentación técnica.

<sup>191</sup> “Si la Unión Europea aspira a seguir gobernándose conforme a los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y en los principios de la democracia y del Estado de Derecho (Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) no puede seguir ignorando la necesidad de proteger esos mismos derechos fundamentales ante los avances de la robótica, la IA y las tecnologías conexas”.

de las cláusulas abusivas <sup>192</sup>. Paralelamente el desequilibrio en una relación jurídica implica la existencia de una parte débil que exige una especial protección constitucional como titular de un derecho fundamental vulnerado. La imposición de estipulaciones no negociadas individualmente en contratos de adhesión o condiciones generales de contratación restrictivas o lesivas de derechos fundamentales, están sujetas a las garantías del artículo 53 CE. Sin embargo, las cláusulas abusivas implican un ataque masivo y en serie de derechos fundamentales que cuestiona la efectividad de los mecanismos constitucionales en su defensa <sup>193</sup>.

En el plano internacional, los artículos 17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regulan el abuso del derecho. Mientras a nivel nacional se reconoce que los derechos no son absolutos y están sujetos a determinadas limitaciones en base al artículo 7.2 C.C.

Desde un punto de vista doctrinal, González Barrón reconoce que “el abuso del derecho es la hipótesis típica del límite interno que excluye una conducta determinada del ámbito estricto del derecho subjetivo, sea por contravenir su función social, ser contrario a la buena fe u ocasionar exclusivo daño a terceros”. Aunque el acto abusivo presupone la existencia de una regla permisiva, pero en la mayoría de los casos “la regla aplicable, desde su origen,

---

<sup>192</sup> Considera Muñoz Aranguren, A., “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°41, 2018, pág. 38, que “un uso abusivo de un derecho subjetivo de rango meramente legal difiere del ejercicio de un derecho fundamental en contradicción con las razones que justificaron su reconocimiento constitucional”.

<sup>193</sup> Según González Barrón, G., “El abuso del derecho: entre la modernidad y la posmodernidad”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 11, 2015, págs. 11 y 12 “el Código Alemán consagró el abuso del derecho en una norma de carácter restrictivo, fundada en el elemento subjetivo (dolo)...El ejercicio de un derecho es ilícito si solo puede tener por finalidad de causar daño a otro, un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador...”.

es prohibitiva; por tanto, no puede hablarse de “abuso del derecho” cuando no hay derecho”<sup>194</sup>..

En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo define como abusiva la cláusula que implique “un desequilibrio de derechos y obligaciones, un perjuicio desproporcionado y no equitativo al trabajador...”. La STS de 4 de diciembre de 2007 confirma la utilización abusiva de determinadas normas (reglas) procesales por parte de un litigante en contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva del que dimanar.”.

La traslación de la doctrina del abuso del derecho a la esfera de los derechos fundamentales se basa en un ejercicio desviado a través de cláusulas restrictivas y lesivas de los mismos. La superación del marco contractual y la trascendencia de los derechos fundamentales plantean la necesidad de un régimen dotado de especial protección constitucional. De un lado, por la naturaleza intrínseca de los derechos fundamentales frente al Estado y tratándose con frecuencia de cláusulas abusivas impuestas en las relaciones con los ciudadanos<sup>195</sup>. La contratación en masa y las nuevas tecnologías tienden a vulneraciones masivas de derechos fundamentales que afectan a una pluralidad

---

<sup>194</sup> Afirma Cuauhtemoc De Dinheim Barriguete, “El derecho al honor, intimidad y propia imagen”, *Derechos Humanos*, N° 57, 2024, pág. 59 que “el derecho que tiende a proteger la vida privada del ser humano, es un derecho complejo que comprende y se vincula a su vez con varios derechos específicos que tienden a evitar intromisiones extrañas o injerencias externas en estas áreas reservadas del ser humano como son: El derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la inviolabilidad de correspondencia, derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, derecho a la propia imagen, derecho al honor, derecho a la privacidad informática, derecho a no participar en la vida colectiva y a aislarse voluntariamente, derecho a no ser molestado”.

<sup>195</sup>Según Nogueira Alcalá, H., “El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 4, N° 2, 1998, “los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no debería reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos provenientes del poder estatal, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares o actores internacionales que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos”.

de titulares (consumidores, usuarios, trabajadores...). Por otra parte, las relaciones con sujetos vulnerables o desde una posición de desigualdad presuponen un factor de riesgo en materia de abusos respecto a sus derechos fundamentales <sup>196</sup>.

En consecuencia, el conflicto entre titulares exige una ponderación reforzada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad por los desequilibrios entre las partes y la situación de vulnerabilidad, delimitando entre el ejercicio legítimo de un derecho y aquel que resulta abusivo por exceder “el ámbito *iusfundamental* protegido”.

### 2.5.1. Desde una perspectiva constitucional y contractual

La vulneración colectiva de derechos fundamentales mediante cláusulas abusivas cuestiona la eficacia de las garantías constitucionales “cuando los ilícitos se vuelven notables por su gravedad, su sistematicidad y por la cantidad de afectados” <sup>197</sup>. La afectación de múltiples titulares de derechos fundamentales se verifica en las relaciones privadas y con los poderes públicos a través de estipulaciones abusivas y reiteradas con desequilibrios *inter partes*.

Las garantías “individuales” de los derechos fundamentales no se adaptan a la contratación en masa ni a las actuaciones abusivas públicas o administrativas, en particular el recurso de amparo y la exigencia de una

---

<sup>196</sup> Para Nogueira Alcalá, H., “El derecho a la privacidad...”, cit., págs. 306 y ss., la ausencia del debido desarrollo de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, quedaría de esta forma perfectamente suplida con la inserción en las cláusulas generales del derecho privado de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.

<sup>197</sup> “En muchas ocasiones, incluso, la imposición de cláusulas abusivas afecta potencialmente a un número indeterminado de personas. De ahí el papel que desempeñan las tutelas difusas o colectivas, en la que no podemos entrar en este momento, o el control preventivo, que proviene de la revisión y autorización de las cláusulas de los contratos por adhesión por parte de un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales” (art. 16, letra g del DFL 3, de 2019).

especial transcendencia constitucional injustificable ante la posibilidad una cascada de acciones y sentencias sobre un mismo problema jurídico.

La eficacia “inter partes” del amparo y la amortización en la práctica de su presupuesto inexcusable, plantea la necesidad de una nulidad de las cláusulas abusivas y lesivas de derechos fundamentales sin constreñirse al asunto concreto. Pero el artículo 55 LOTC obstaculiza esta solución al referirse exclusivamente a la declaración de nulidad de la “decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos”, sin referirse a una cláusula contractual o administrativa impuesta masivamente en las relaciones negociales o públicas. Paralelamente, otra garantía constitucional basada en la autocuestión de inconstitucionalidad aparece limitada explícitamente a “la ley que lesione derechos fundamentales o libertades públicas” sin atender a un acto o estipulación concreta.

La amenaza cada vez más frecuente de cláusulas abusivas que vulneran derechos fundamentales únicamente se reconduce al Derecho de Consumo con un tratamiento similar a cualesquiera otras previstas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En consecuencia, los titulares de derechos fundamentales resultan privados de esta condición y reducidos a simples consumidores, usuarios y sujetos perjudicados en las estipulaciones contrarias a las exigencias de la buena fe que causan un desequilibrio entre derechos y obligaciones. Al margen de la desprotección de profesionales y empresarios frente a cláusulas abusivas que lesionen sus derechos fundamentales.

En la actualidad, los titulares de derechos fundamentales vulnerados podrían ejercitar acciones colectivas exclusivamente por su condición de consumidores. En esta línea, el actual Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios remitido por el Consejo de Ministros al Congreso, posibilita la actuación judicial conjunta. *Se pretende fortalecer la posición de los consumidores permitiendo que la reclamación contra un persona física o jurídica la pueda hacer, de manera colectiva, una entidad legalmente habilitada para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.* Conforme a este texto, las

acciones colectivas pueden ejercitarse por el Ministerio Fiscal, asociaciones de consumidores, órganos de la Administración General del Estado, CCAA o municipios competentes en materia de tutela de los consumidores.

En el derecho de consumo, esta modalidad procesal se manifiesta como la única opción jurídica para los titulares de derechos fundamentales renunciando a sus garantías constitucionales y a un trato preferente respecto a los consumidores en general. Pero además se resiente la aplicación concreta del recurso de amparo por el superior riesgo de inadmisibilidad derivado de una reiteración de demandas y sentencias que dificultan la argumentación de la especial transcendencia constitucional.

En consecuencia, el carácter abusivo de este tipo de cláusulas lesivas de derechos fundamentales prescinde de la atención a los bienes constitucionalmente protegidos en el ámbito de los consumidores y a la indemnización por ser objeto de vulneración. Al margen de obligar a sus titulares a interponer acciones frente a cláusulas consideradas abusivas en sentencias estimatorias anteriores para obtener el resarcimiento individualizado de sus derechos fundamentales <sup>198</sup>.

Con carácter general, pueden considerarse cláusulas abusivas de derechos fundamentales aquéllas imponen a sus titulares obstáculos onerosos o desproporcionados para su ejercicio, limitaciones, cesión o renuncia de los mismos <sup>199</sup>. La dimensión constitucional de la igualdad manifestada en la falta de reciprocidad o subordinación de los consumidores, resulta extrapolable a los titulares de derechos fundamentales en materias como el consentimiento

---

<sup>198</sup> La Directiva 93/13/CEE establecía las bases para determinar cláusulas abusivas y un listado ampliable por las normas nacionales de los Estados.

<sup>199</sup> La Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, introduce el derecho fundamental de igualdad en el Derecho de Consumo reforzando la protección jurídica de “aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad” (artículo 3).

forzoso, la exención de responsabilidades, carga de la prueba o resolución contractual en su perjuicio.

Respecto de las soluciones jurídicas aplicables, la implicación de derechos fundamentales revela la insuficiencia del derecho civil y la necesidad de una tutela constitucional adecuada a la transcendencia de su contravención. Según Nogueira “se deriva una falta de eficacia, al menos directa, de los derechos fundamentales frente a los terceros particulares en el ordenamiento constitucional español <sup>200</sup>. La SAN de 28 de enero de 2014 reconoce “en cuanto a la calificación por parte de la Inspección de tal cláusula como abusiva decir que es un principio general del derecho que las cláusulas abusivas se tienen por no puestas, sin perjuicio de lo cual, conforme a la legislación vigente, su calificación como tal y consecuente nulidad corresponde declararla a los órganos jurisdiccionales”.

Sobre el daño resarcible originado por una conducta abusiva, González Barrón admite que la tutela del principio afectado requiere de remedios diferentes como el levantamiento del velo de una persona jurídica, la convalidación de la nulidad o inhibición de la conducta infractora para el futuro...” <sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 2014 establece que “las consecuencias de la declaración de abusividad no conducen a la moderación, ni a la integración de la cláusula, sino a su inaplicación, prescindiendo de su contenido en la ejecución del contrato, con independencia de que se haya solicitado así o no por el consumidor”. La STJUE 14 de junio de 2012, Caso Banesto Calderón, afirma que *«si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (...) en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales»*.

<sup>201</sup> Vid., González Barrón, G., “El abuso del derecho...”, cit., pág. 30.

Por último, la seguridad jurídica fundamenta la incorporación de cláusulas tipo como en determinados sectores contractuales para acotar un espacio a salvo del abuso garantista de la protección de los derechos fundamentales.

### *2.5.2. Cláusulas abusivas en el ámbito laboral*

El derecho constitucional a la libertad de empresa se ejerce ilegítimamente con abuso “cuando el empresario-proveedor contraría la función socio jurídica de la facultad de contratación (intercambio de bienes y servicios en condiciones justas de equivalencia en el marco de un mercado suficiente y libre), estableciendo condiciones generales de contratación lesivas para el consumidor y que afectan al principio de igualdad conmutativa”. Estas cláusulas abusivas empresariales predispuestas unilateralmente pueden lesionar los derechos fundamentales, con especial agravamiento por su ejecución masiva mediante condiciones generales de contratación o contratos de adhesión afectantes a una pluralidad de sujetos. En este contexto no se trata de una vulneración puntual, ocasional o aleatoria de los derechos fundamentales, sino colectiva que exterioriza la ineffectividad de las garantías constitucionales previstas en defensa de titulares individuales.

El desequilibrio en la relación laboral favorece la existencia de una parte débil del contrato proclive a la cesión y renuncia de sus derechos fundamentales, pero el contrato de trabajo no legitima restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Las organizaciones empresariales «no forman mundos separados y estancos» de una sociedad que vive conformada por un mismo texto constitucional” (STS 21 de septiembre de 2015).

El consentimiento del trabajador puede resultar viciado en la contratación cuando “el empleador pretenda desconocer los derechos laborales de sus empleadores por la mera invocación de las reglas de contratación por obra o servicio específico no puede ser un supuesto amparable desde la Constitución (STC de 22 de junio de 2010). Desde la perspectiva de la reciprocidad y como garantía frente a las cláusulas abusivas, “las facultades organizativas

empresariales se encuentren limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos» [STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4]; y «desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho [ SSTC 99/1994, de 11/Abril, FJ 7; y 106/1996, de 12/Junio, FJ 4], bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador [ SSTC 99/1994, de 11/Abril, FJ 7 ; 6/1995, de 10/Enero, FJ 3 ; y 136/1996, de 23/Julio, FJ 7]» ( STC 181/2006, de 19/Junio, FJ 6).

También deben aplicarse a las cláusulas abusivas en el ámbito laboral los principios de proporcionalidad y razonabilidad desarrollados por la jurisprudencia «dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin» (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 7 ; 80/2001, de 26/Marzo, FJ 3 ; 20/2002, de 28 enero, FJ 4 ; 213/2002, de 11/noviembre, FJ 7 ; y 126/2003, de 30/junio, FJ 7)».

### *2.5.3. Cláusulas abusivas en materia de protección de datos*

Entre las cláusulas abusivas frecuentes en la esfera laboral destacan especialmente las relativas al derecho fundamental de protección de datos y en el uso de las nuevas tecnologías.

En principio, la jurisprudencia constitucional reconoce “el poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso...” (STC. 292/2000, de 30 de noviembre). “El constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito

de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer los derechos fundamentales enumerados en el art. 18.1 CE...un poder de control sobre sus datos personales y sobre su uso y destino con propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo” (SSTC 254/1993 de 20 julio, RTC\1993\254. 25 STC 292/2000 de 30 noviembre, RTC\2000\292. 26 STC 292/2000, FJ 6).

La regulación legal de las cláusulas de protección de datos personales se contiene en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, debiendo ser *adecuadas, pertinentes y limitadas a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados* («*minimización de datos*»), *exactos y el mantenimiento el tiempo necesario para los fines*.

Los requisitos para la validez de las cláusulas relativas a protección de datos se basan en el consentimiento informado y libre, los fines, el interés legítimo, la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad <sup>202</sup>. *A sensu contrario*, las cláusulas abusivas de derechos fundamentales implican un consentimiento desinformado o forzado para la cesión a terceros, desistimiento y renuncia de los datos personales, la exclusión o limitación de responsabilidades o la ausencia de garantías jurídicas y constitucionales <sup>203</sup>. En esta línea, la STS de 21 de septiembre de 2015 se opone a

---

<sup>202</sup> Vid., la SAP Madrid 242/2013, de 26 de julio de 2013. “Nos referimos a la inclusión de la fórmula «Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores», a la que pueden oponerse dos óbices: 1º) no superaría la exigencia del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pues supone soslayar la regla de que **los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para finalidades determinadas y explícitas**. La SAP Valencia nº 759/2018, Sección 9ª, de 18 de julio de 2018, rec. 457/2018 Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. 2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos».

<sup>203</sup> Vid., Barrón Arniches, P., “Vulneraciones automatizadas del derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 11, Nº. 1, 2024, pág. 42: “Ante esta situación, las opciones para el ciudadano son dos, o bien consentirlo sin pararse

que en el contrato de trabajo se haga constar mediante cláusula/tipo que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y que al ser incluida por la empresa en el omento de acceso a un bien escaso como es el empleo puede entenderse que su consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario.

Desde el punto de vista del consentimiento, pueden incurrir en abusivas las estipulaciones sobre transmisión de datos personales a empresas del grupo o cesiones a terceros sin autorización expresa para la incorporación a ficheros, como contraprestación de servicios digitales, así como la remisión de mensajes comerciales y publicitarios, o el uso de cookies para recabar su información personal a cambio de acceso gratuito a internet.

La normativa europea sobre contratos de suministro de contenidos digitales considera los datos personales como la contraprestación que ha de pagar el usuario para recibir determinados servicios digitales. “Si el proveedor de servicios va a tratar los datos del usuario —por ejemplo, con fines de marketing—, entonces la revelación de información personal por parte de éste se considera contraprestación y el negocio jurídico cae dentro de la órbita de aplicación de la Directiva, cuya finalidad es garantizar los derechos de los consumidores, especialmente su derecho a la conformidad de los contenidos digitales adquiridos. La contraprestación del usuario consiste precisamente en el permiso para la utilización de tecnologías de creación de perfiles automatizados, porque además de los datos de identificación se le requiere

---

en exceso a sopesar el valor de su privacidad ni los perjuicios de perderla, o bien oponerse a este tratamiento de la información que él mismo ha proporcionado, mediante el ejercicio del derecho de oposición que prevé el art. 21 RGPD, al que expresamente se remite el vigente art. 18 LOPD.

también el permiso para esta finalidad, bajo la advertencia de que, en caso de no concederse tal autorización, el proveedor no podrá prestar el servicio” <sup>204</sup>.

La aceptación de la política de privacidad de la empresa como condición para la accesibilidad y navegación por sitios web, podría considerarse una cláusula abusiva en base a la infracción del art. 6.3 de la ley española de protección de datos que impide supeditar la ejecución del contrato al hecho de que el usuario autorice el tratamiento de sus datos para finalidades diferentes que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual.

Las políticas internas de privacidad y protocolos de las empresas suelen incluir cláusulas abusivas de derechos fundamentales en los contratos de adhesión y condiciones generales de contratación <sup>205</sup>. Según Paloma Barrón, “las cláusulas que se refieren a la materia de la privacidad son larguísimas y complejas condiciones generales que se presentan al usuario bajo la rúbrica «políticas de privacidad”. Los términos sobre protección de datos aparecen ocultos en conjuntos complejos de cláusulas estándar y los consumidores tienden a aceptarlos fácilmente sin entender las cláusulas oscuras o como una condición forzosa si pretenden acceder a los servicios digitales de modo rápido y gratuito. En concreto, “el desequilibrio contractual se deriva de la ventaja injusta que favorece al proveedor digital frente a la debilidad del usuario”.

Mención especial requiere la frecuente incorporación a la firma del contrato de una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad

---

<sup>204</sup> Según Barrón Arniches, “Vulneraciones automatizadas...”, cit., pág. 43, “se trata de un contrato, obviamente no gratuito, sino sinalagmático y, por ello, debe valorarse la justicia del intercambio que se realiza entre las partes, el equilibrio que el Derecho contractual debe asegurar en los negocios jurídicos privados”.

<sup>205</sup> “La cláusula informativa de protección de datos es una estipulación necesaria para cumplir adecuadamente el deber de información a que obliga la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales de 5 de diciembre de 2018. En esta cláusula se informa a los consumidores sobre la identidad del responsable o encargado del tratamiento de sus datos, así como de la finalidad con la que los mismos serán usados”.

unilateral del empresario obligándole a facilitar datos personales, vulnera este derecho fundamental. Así la SAN de 10 de septiembre de 2015 considera una cláusula abusiva en el contrato laboral que el trabajador proporcione a la empresa el número de teléfono móvil o su cuenta de correo electrónico por ser contraria a la LOPD. Con acierto argumenta que “la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación -para el trabajador- de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como tampoco la libertad de empresa - art. 38 CE. Ni se justifica que los empleados «hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, porque el ejercicio de las facultades organizativas del empresario no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador», de forma que los derechos fundamentales del trabajador» son prevalentes y constituyen un «límite infranqueable» no sólo a facultades sancionadoras del empresario, sino también a sus facultades de organización y de gestión, tanto causales como discrecionales”.

Paralelamente, se consideran abusivas y nulas aquellas cláusulas que permiten cualquier tipo de comunicación relativa al contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, enviadas al trabajador vía SMS o correo electrónico. La SAN 239/2014 de 28 de enero admite la ausencia de reciprocidad y la cesión de datos personales cuando la empresa tiene medios suficientes para notificar cualquier decisión tanto en el centro de trabajo como en su domicilio.

También pueden calificarse como cláusulas abusivas las relativas a la conservación por la empresa de los datos personales durante un plazo desproporcionado y a los proveedores de servicios digitales aun cuando los consumidores desisten o rescinden el contrato; y “recopilar más datos que los acordados al inicio de contrato sin comunicar el cambio ni dar la oportunidad

de anular el mismo”<sup>206</sup>. En este sentido, “la confidencialidad que afecta a los datos recabados también implica la adopción de medidas técnicas y de organización que permitan asegurar la conservación y la no transmisión de estos datos a terceros sin permiso de su titular: la responsabilidad de quien los recaba alcanza la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental”.

La posición débil del titular del derecho fundamental de protección de datos en la relación contractual se manifiesta en aspectos como el control, la prueba, la seguridad y la responsabilidad. Considerándose cláusulas abusivas aquellas que incumplen la legalidad respecto a deberes como la asunción de la carga de la prueba por el encargado o responsable del tratamiento, adopción de medidas de responsabilidad y notificaciones de las brechas de seguridad a los titulares del derecho fundamental de protección de datos. En concreto, sería abusivo limitar o eximir de responsabilidad al prestador de servicios por cualquier violación de la seguridad de los datos causados intencionalmente o por negligencia grave.

Por último, las cláusulas abusivas de protección de datos se extienden a las que hacen “creer que no se han usado mecanismos automatizados de toma de decisiones para personalizar la prestación del servicio digital o la elaboración de perfiles de comportamiento del consumidor, impidan a los consumidores ponerse en contacto con un ser humano para sus quejas y preguntas, infrinjan los principios de protección de datos, obliguen a los consumidores a acudir al arbitraje o sugerir que el arbitraje es el único medio disponible de resolución de conflictos, priven al consumidor de su derecho a acudir a un tribunal en el país donde vive y desinforman a los consumidores

---

<sup>206</sup> “El principio de minimización de los datos también entra en relación con el de conservación de los mismos, de modo que el Reglamento limita el plazo de conservación de la información en poder del proveedor o empresario, y le obliga a informar al titular de los datos sobre esta cuestión. Si no es posible fijar un plazo, sí deberá al menos establecer los criterios que permitan determinar el plazo de conservación. Arts. 12-15 RGPD, en concordancia con lo dispuesto en el art. 11 LOPD”.

sobre su derecho a depender de la protección obligatoria del consumidor del país donde viven, usen hipervínculos para informar a los consumidores de sus derechos y obligaciones”.

Ahora bien, la lista negra de cláusulas abusivas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de Contratación debería especificar aquellas que afectan a derechos fundamentales y pueden considerarse inconstitucionales conforme a la jurisprudencia.

### 3. Integración constitucional de garantías atípicas

#### 3.1. Aproximación a la tutela extrajudicial efectiva como derecho fundamental

La viabilidad constitucional de soluciones alternativas a las garantías tradicionales en el campo de los derechos fundamentales exige la previa construcción de las bases jurídicas para su implantación.

En principio, cabe recurrir a los principales aspectos desincentivadores del ejercicio del derecho a tutela judicial efectiva como el coste del proceso, sus frecuentes dilaciones y la ruptura relacional entre las partes provocada por la judicialización de los conflictos, entre otros. La insatisfacción de los titulares obligados a involucrarse en un juicio para la defensa de sus derechos fundamentales, soportando la consumación del daño sin pleno restablecimiento de sus derechos y su posible revictimización, justifica la reconducción hacia otros mecanismos óptimos de defensa. La desconfianza ciudadana hacia el sistema judicial se debe a los riesgos que comporta basados en la desestimación de la demanda, la resolución inadaptada a sus intereses y la imposición de costas inasumibles o gravosas.

Paralelamente, la imposición de la tutela judicial como un auténtico deber resulta desincentivadora del ejercicio de este derecho fundamental por sus efectos secundarios y contraproducentes (económicos, dilaciones, subsistencia del conflicto...). La STC 19/1981, de 8 de junio admite al respecto que *el art. 24.1 no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza*

por las vías procesales legalmente establecidas, tal y como declaran los Autos de 30 de octubre de 1980 y 18 de febrero de 1981”.

Desde esta perspectiva, se fundamenta la admisión de nuevas garantías atípicas no previstas en el artículo 53 CE para garantizar la aplicación *pro libertate* de los derechos fundamentales y su efectividad <sup>207</sup>. El retroceso práctico del amparo constitucional por su escasa “transcendencia constitucional” reduce la protección de los titulares de derechos fundamentales y plantea la entrada en escena de otros mecanismos de tutela convencionales derivados del principio de autonomía de la voluntad<sup>208</sup>. En especial, para resolver los conflictos de baja intensidad o las vulneraciones de derechos fundamentales en el campo de las nuevas tecnologías, pueden ser idóneas las garantías extraconstitucionales<sup>209</sup>. Entre sus ventajas destaca la función preventiva de cualquier problemática social, laboral y jurídica, la adopción como buena práctica de eficiencia, la economicidad y contribución a descongestionar los órganos judiciales. Paralelamente tiende a la optimización del derecho a tutela judicial efectiva en base a la justicia del caso concreto y la

---

<sup>207</sup> Vid., Chamorro Oter, “La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo”, [www.madrid.org › revistasjuridica › attachments › article](http://www.madrid.org › revistasjuridica › attachments › article), pág. 125,” nada impide la negociación que “dulcifique” las consecuencias o minore los perjuicios, incluso para la Administración pública que habría de actuarla”.

<sup>208</sup> No prohíbe ni limita que determinados conflictos jurídicos puedan encontrar solución, y con ello el ciudadano obtener justicia, en sede diferente a los órganos jurisdiccionales. No en vano ya se dispone de jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional que avala la obtención de resolución al conflicto en trámites extrajudiciales previos al proceso como pueden ser la conciliación o la reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre).

<sup>209</sup> Destaca Herrera de las Heras, R., “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Rev. drecho (Valdivia)* vol.25, nº1 Valdivia jul. 2012, págs. 5 y ss., “es destacable el fundamento con el que un juez... sancionó por mala fe procesal a una de las partes en litigio al afirmar, entre otras cosas, que se abusa de ella “cuando –la tutela judicial efectiva- no se utiliza como último recurso sino como primero, siendo como es que hay otros métodos de resolución de conflictos”. Va más allá aun la Sentencia, puesto que llega a afirmar que resulta sancionable no acudir a otros métodos como la mediación, cuando existe una “desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta” existiendo alternativas, como la mediación, cuyo uso evitaría muchos de los casos que colapsan los Tribunales”.

individualización de las pretensiones de los titulares de derechos fundamentales con acomodo a sus intereses y necesidades.

En este sentido, desde un punto de vista subjetivo, la tutela extrajudicial actúa de modo individualizado y resultaría menos lesiva y más adaptativa a las circunstancias de las víctimas. A nivel objetivo refuerza la efectividad del derecho fundamental a tutela judicial integrándose entre las facultades y el contenido esencial como una opción ejercitable y complementaria del artículo 24 CE mediante configuración legal. Este planteamiento significaría que la tutela extrajudicial comulga de la naturaleza de derecho fundamental y encaja en el acceso a la justicia, por tratarse de un derecho *que incide en el contenido de otros derechos, pero que resulta igualmente reconocible a pesar de su ausencia formal*<sup>210</sup>.

Sin embargo, la reconducción de los derechos fundamentales a métodos alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje, composición amistosa...), no permanece exenta de objeciones constitucionales. La tutela extrajudicial puede cuestionarse en base a la naturaleza irrenunciable e indisponible de los derechos fundamentales y la desfiguración del derecho a tutela judicial efectiva.

La penetración de la autonomía privada en el campo de los derechos fundamentales puede perturbar su naturaleza intrínseca sujeta al orden público constitucional. La intangibilidad de los valores y bienes constitucionalmente protegidos quedaría a expensas de la libertad negocial de los titulares de derechos fundamentales <sup>211</sup>. Aunque la consecución de la

---

<sup>210</sup> En este sentido, vid., Corchete Martín, “Los nuevos derechos”, Teoría y Realidad Constitucional, Nº 20, 2007, págs. 551 y ss; Martín Diz, “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 23, 2014, pág. 169, citando sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, “en cuanto que el otorgar libertad de acceso al ciudadano para resolver conflictos debe considerarse en las sociedades civilizadas como un derecho fundamental e inalienable del individuo que no puede ser negado a nadie”.

<sup>211</sup> A propósito, vid., Landa Arroyo, C., “La constitucionalización del derecho civil...”, cit., págs. 315 y ss., “... los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía

máxima efectividad de los derechos fundamentales para sus titulares, puede argumentar la necesidad de un margen de negociación en las relaciones conflictivas o pre-litigiosas.

La tutela extrajudicial debe configurarse de modo facultativo y opcional sin impedir, restringir o limitar el ejercicio del derecho fundamental del artículo 24 CE, procurando un tratamiento igualitario con los titulares de derechos subjetivos. La exclusión de los derechos fundamentales del ámbito de solución extrajudicial de controversias supone la privación de garantías a sus titulares en comparación con la permisividad en otras categorías de derechos.

### 3.2. Objeciones a su implantación: la autonomía privada

La autonomía privada como principio y derecho implica un poder de autorregulación de intereses propios que lleva a cabo el mismo titular y que le legitima para llevar a cabo la organización de sus compromisos a su plena libertad, en correspondencia a sus propios intereses y en el marco de la regulación establecida por el propio ordenamiento jurídico”.

La naturaleza intrínseca de la autonomía privada como derecho fundamental autónomo *se desprende de las propias disposiciones constitucionales y de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional*. Sin perjuicio de su transversalidad en el campo de los derechos fundamentales integrándose en el contenido esencial de los mismos como un espacio de libertad frente al Estado y sujeta a límites. En este sentido señala *Maluquer que “siempre ha sido entendida como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce*

---

privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento.”

*de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos...Las personas en el ejercicio de su autonomía individual asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses y dichas limitaciones son perfectamente constitucionales y constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad”* <sup>212</sup>.

La construcción de una teoría relativa a la tutela extrajudicial de derechos fundamentales puede sustentarse en la autonomía privada a través del margen de libertad dispositiva y renunciabilidad atribuido a sus titulares, sin embargo colisiona con el carácter indisponible e irrenunciable de esta categoría de derechos basado en el orden público constitucional <sup>213</sup>. Mediante la libertad negocial pueden desfigurarse los derechos fundamentales y esta razón exige ampliar los límites de la autonomía privada más allá del artículo 1255 CC <sup>214</sup>. Sus singularidades respecto de otras modalidades de derechos con inferior transcendencia jurídica y constitucional requieren especiales cautelas en los acuerdos y soluciones extrajudiciales <sup>215</sup>. Para Sosa Sacio, sin embargo,

---

<sup>212</sup> En principio, como subespecie de los derechos implican un poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social (De Castro).

<sup>213</sup> En esta línea, la STS 776/2007, de 9 de julio, reconoce que “en la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral como relacionada con el principio de autonomía de la voluntad, pero regulada por la legalidad ordinaria al margen de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución”.

<sup>214</sup> Para Trayler, J., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* 75 Núm. 143, 1997, “los conflictos que puedan resolverse con el sistema arbitral han de ser de *naturaleza disponible por las partes*, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho...”.

<sup>215</sup> Señala Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, *Proceso judicial y proceso arbitral*, en *El arbitraje y la buena administración de la justicia: libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)* (Dir. Ruiz Risueño/Fernández Rozas, ISBN 978-84-1336-238-0, 2019, que “la postura que excluya el arbitraje del ámbito del derecho fundamental a la tutela efectiva olvida, cuando menos tres cosas. A saber: 1) Que las garantías del artículo 24.1 pueden constituir

no significa la prohibición absoluta de celebrar negocios jurídicos que incidan en el ejercicio de los ámbitos *iusfundamentales*<sup>216</sup>.

Desde esta perspectiva, la confluencia del derecho civil y constitucional deriva en la necesidad de armonizar la autonomía privada con el ejercicio de los derechos fundamentales. La aproximación del régimen jurídico de los derechos fundamentales y subjetivos resulta necesaria para evitar la incongruencia de que sólo los titulares de estos últimos puedan acogerse a mecanismos más ágiles y efectivos de resolución de conflictos en base a una superior autonomía privada <sup>217</sup>. Las restricciones de la libertad negocial basadas en la indisponibilidad de los derechos fundamentales, puede generar consecuencias de dudosa constitucionalidad <sup>218</sup>. Según Alfaro Aguila-Real, *los derechos fundamentales vinculan a los particulares en términos mucho más atenuados y condicionados porque hay que hacer compatible dicha vigencia con el respeto de la autonomía privada* <sup>219</sup>.

---

el contenido del “orden público”, que es una de las vías habilitadas para ejercitar la acción de anulación contra el laudo; 2) Que precisamente esta conexión entre el contenido del artículo 24.1 y la noción de orden público, en la medida en que fundamenta el ejercicio en sede de la jurisdicción estatal, es la que permite, de manera mediata, el control constitucional; y 3) Que si el arbitraje no tuviera que adecuarse a las exigencias del artículo 24.1 de la Constitución se produciría una quiebra inasumible en el sistema constitucional de la justicia”.

<sup>216</sup> Vid., Sosa Sacio, J., *Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales*, Ponencia presentada a la mesa “Derechos fundamentales” del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Arequipa, setiembre de 2008).

<sup>217</sup> Considera la STC 11/1981, de 8 de abril) que «sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia».

<sup>218</sup> Destaca Alfaro Aguila-Real, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, Nº 1, 1993, págs. 64 y 65, “*así, los teóricos de la eficacia inmediata (unmittelbare Drittwirkung) suelen referir que los derechos fundamentales constituyen auténticos límites para la autonomía privada de los particulares y, en tal sentido, no podría alegarse el uso de esta autonomía –aunque revista importancia constitucional– para disponer de los derechos esenciales*”<sup>49</sup>. *Ello parte del supuesto de que la autonomía privada es un principio que siempre debe ceder ante los derechos fundamentales. No obstante, si atendemos bien, la autonomía privada”.*

Resulta paradójico que el titular de un derecho subjetivo o constitucional posea más facultades dispositivas y libertad de ejercicio que el sujeto activo de un derecho fundamental. Especialmente en relación a los mecanismos alternativos de tutela que no sólo responden a intereses individuales sino también a fines sociales por las ventajas intrínsecas a la desconflictivización. En esta línea, la STC 22/1984, de 17 de febrero, reconoce *la existencia «de unos fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución».*

Los derechos fundamentales y la autonomía privada deben limitarse recíprocamente impidiendo la primacía de la autodeterminación sobre el orden público o bien *a sensu contrario*, la supresión de la libertad negocial. *El temor, bien justificado por otra parte, a que la admisión de derechos fundamentales conduzca a excesos que destruyan la libertad negocial y la autonomía y libertad de las personas privadas, que constituyen las piedras angulares de todo el Derecho civil, explicarían la inclinación por la eficacia mediata como forma de evitar que de otra forma se desnaturalice la esencia del Derecho privado (civil y mercantil)*<sup>220</sup>.

Los derechos fundamentales constituyen pues, un límite implícito de la autonomía privada no sólo en el ámbito constitucional y civil sino en todos los órdenes jurídicos.<sup>221</sup> La STC 53/1985 admite que «los derechos fundamentales

---

<sup>219</sup> Sobre el conflicto entre el derecho fundamental implicado y el derecho a disponer de la propia esfera jurídica y del interés de la otra parte en el mantenimiento de la validez del pacto, vid., Alfaro Aguila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, cit., “para el derecho privado el conflicto entre un derecho y el derecho a limitarlo o suprimirlo por la propia voluntad es un problema de límites a la renunciabilidad y a la disponibilidad de los derechos (el interés y orden público)”.

<sup>220</sup> Y ello, porque «cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista en la Ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman» (STC 177/1998).

<sup>221</sup> Vid., Fernández Segado, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 13, Nº 39, septiembre-diciembre, 1993. “Se podría distinguir entre límites a la libertad de pactos como consecuencia del reconocimiento

son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de *cada una de las ramas que lo integran*, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”. Las soluciones alternativas a la tutela extrajudicial aplicadas en cualquier ámbito jurídico, han de respetar los derechos fundamentales sin desnaturalizarlos ni menoscabar sus facultades. La negociación intrínseca en las soluciones extrajudiciales debe sujetarse a un sistema de garantías y cautelas para no afectar a la intangibilidad de los derechos fundamentales sea mediante su disposición o renuncia <sup>222</sup>. De este modo se pretende evitar que uno de los pilares del Estado de Derecho y en última instancia la justicia, queden a expensas de la autonomía privada.

En definitiva, la tutela extrajudicial no sólo tiene que sujetarse a los límites del artículo 1255 Cc sino también a los derivados de su propia naturaleza como derechos fundamentales <sup>223</sup>.

---

*constitucional de derechos fundamentales y límites a la libertad de celebración de los contratos por ese mismo reconocimiento. En el primer caso podríamos situar las renunciaciones contractuales a derechos fundamentales que serían contrarias a la Constitución y al derecho fundamental renunciado “cuando sea razonable pensar que el consentimiento no protege los verdaderos intereses”. En el segundo están los supuestos en que se pudiera obligar a un particular a contratar fundado en que la negativa a contratar lesiona algún derecho fundamental del que reclama el contrato provocando un daño en el que reclama la celebración del contrato. En esos casos la obligación de contratar tendría su soporte en la violación de un derecho fundamental derivada de la negativa a contratar”.*

<sup>222</sup>El Derecho a una decisión justa ' como elemento esencial de un Proceso Justo "[ ... ]el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para lograr que la sentencia sea menos injusta, o que la sentencia injusta sea cada vez más rara". “El temor, bien justificado por otra parte, a que la admisión de derechos fundamentales conduzca a excesos que destruyan la libertad negocial y la autonomía y libertad de las personas privadas, que constituyen las piedras angulares de todo el Derecho civil... sin embargo que dichos temores pueden conjurarse poniendo de relieve que la autonomía y la libertad que inspiran y fundamentan el Derecho privado tienen como base otros derechos fundamentales y, fundamentalmente, el derecho de libertad del artículo 17 de la Constitución como manifestación de la dignidad de la persona y de la libre personalidad”.

<sup>223</sup> Para Cazorla González, M. J., “La mediación de consumo en el arbitraje institucional”, 2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y

Con carácter general, la autonomía privada debe ceder «ante los límites que la propia Constitución imponga al definir cada derecho, ante los que de manera mediata se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos» (Bartolomé Cenzano, J.)

En primer lugar, el contenido esencial como un espacio intangible a salvo de la autonomía privada supone un límite inequívoco a los acuerdos extrajudiciales <sup>224</sup>. De modo que las soluciones alternativas a la tutela judicial tropiezan con la imposibilidad de volver irreconocibles a los derechos fundamentales mediante transacciones o pactos <sup>225</sup>. La STC 259/1993 de 20 de julio, afirma al respecto que «*el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición*».

La privatización de los derechos fundamentales mediante acuerdos entre sus titulares para alcanzar una solución de los conflictos conlleva el riesgo de que

---

principios. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009, “la autonomía de la voluntad de las partes es el núcleo fundamental a la hora de resolver un conflicto bajo cualquiera de las diferentes alternativas de resolución extrajudicial de conflictos, sobre todo en aquellas donde la solución la aportan ellos”.

<sup>224</sup> Vid., Alfaro Aguila-Real, Autonomía privada y derechos...”, cit., pág. 90, “La autonomía privada es en sí misma un derecho fundamental, lo que se desprende de las propias disposiciones constitucionales y de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional. Si tal es el caso, no corresponde sacrificar absolutamente la autonomía privada en nombre de otros derechos fundamentales, sino realizar una ponderación entre estos bienes. Volviendo a nuestro concepto sobre la disponibilidad de los derechos fundamentales, señalamos que esta solo es posible con respecto a su ejercicio (es decir, en el ámbito subjetivo), encontrando como límites a los otros derechos fundamentales”.

<sup>225</sup> Vid., Anzures Gurría, La eficacia horizontal...”, cit., “el temor, bien justificado por otra parte, a que la admisión de derechos fundamentales conduzca a excesos que destruyan la libertad negocial y la autonomía y libertad de las personas privadas, que constituyen las piedras angulares de todo el Derecho civil, explicarían la inclinación por la eficacia mediata como forma de evitar que de otra forma se desnaturalice la esencia del Derecho privado (civil y mercantil). Creemos sin embargo que dichos temores pueden conjurarse poniendo de relieve que la autonomía y la libertad que inspiran y fundamentan el Derecho privado tienen como base otros derechos fundamentales y, fundamentalmente, el derecho de libertad del artículo 17 de la Constitución como manifestación de la dignidad de la persona y de la libre personalidad”.

la vertiente contractual pueda anteponerse o relegar el orden público constitucional. No obstante, la confluencia de los derechos fundamentales y las relaciones privadas contribuye a atenuar los perfiles de orden público constitucional a través de la libertad intrínseca a los mismos. Por la vía de la autonomía privada los derechos fundamentales se contractualizan respecto a las garantías ejercitables, subordinándose a los límites expresos del artículo 1255 Cc<sup>226</sup>. Paralelamente la libertad negocial se constitucionaliza por afectar a derechos fundamentales integrándose el contenido esencial y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad como límites implícitos de la autonomía privada<sup>227</sup>.

Ahora bien, la problemática constitucional en cuanto a la admisión de la tutela extrajudicial surge de la disposición de bienes constitucionalmente protegidos que no son de titularidad exclusivamente privada y cuya defensa corresponde también a los poderes públicos. En efecto, los derechos fundamentales no sólo representan intereses privados sino también públicos que conforman el orden constitucional y restringen las facultades dispositivas de sus titulares<sup>228</sup>. En *'la justa composición de la litis' prevalecen los 'intereses sociales relevantes' a los 'intereses particulares'*

---

<sup>226</sup> Vid., Alfaro Águila-Real, "Autonomía privada...", cit., págs. 93 y 94, sobre el conflicto entre el derecho fundamental implicado y el derecho a disponer de la propia esfera jurídica y del interés de la otra parte en el mantenimiento de la validez del pacto. Para el derecho privado el conflicto entre un derecho y el derecho a limitarlo o suprimirlo por la propia voluntad es un problema de límites a la renunciabilidad y a la disponibilidad de los derechos (el interés y orden público)".

<sup>227</sup> «Las limitaciones que se establezcan no pueden ser absolutas (STC 20/1990), ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986), pues la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre él. De ahí la exigencia de que los límites a los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (SSTC 159/1986, 254/1988, 3/1997).

<sup>228</sup> En opinión de Solozábal Echavarría, J., "Algunas cuestiones básicas...", cit., págs. 92 y ss., "otra cuestión interesante a plantearse es la de si los derechos fundamentales son exclusivamente derechos públicos subjetivos, esto es, si se refieren únicamente a facultades consistentes en pretensiones de hacer, intervenir, o participar, o recibir prestaciones alegables sólo frente a los poderes públicos".

con la finalidad de asegurar y garantizar la ‘paz social’ que es base del Estado» (Conforti, 2015b) <sup>229</sup>.

Las conjeturas en torno a la tutela extrajudicial de los derechos fundamentales surgen de la necesidad de conciliar intereses individuales y privados de sus titulares con los del Estado y el orden público <sup>230</sup>. A propósito de esta cuestión, la STC de 13 de febrero de 1981 señala que “ha de encontrarse una adecuación entre la vigencia de los derechos fundamentales también en estos terrenos y las exigencias derivadas del respeto de la autonomía de las partes”.

Ahora bien, el derecho fundamental a tutela judicial efectiva se caracteriza por un amplio margen de ejercitabilidad y sujeción a transacciones, conformando un campo propicio a la disposición por sus titulares <sup>231</sup>. En esta línea, San Cristóbal considera que “la disponibilidad, coincide en general, con los derechos y facultades sobre los cuales es posible transigir (art. 1814 CC)” (pág. 285) <sup>232</sup>. Tampoco el Tribunal Supremo se muestra proclive a la

---

<sup>229</sup>Vid., Conforti, F., Generalidades Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos. Clarificando conceptos, “Artículos Doctrinales Generalidades”, 2014.

<sup>230</sup> Según Jiménez Horwitz, “La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección”, *ADC*, tomo LX, 2007, fasc. II, págs. 536 y ss., “...El TJCE quiere dejar claro, en definitiva, que la cláusula controvertida significa una rebaja del régimen legal que, por tendencia, puede significar una desventaja contractual en perjuicio del consumidor”.

<sup>231</sup> Vid., San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, Nº. 46, 2013, “La elección de cualquiera de los sistemas de resolución de conflictos anteriormente expuestos, solo es posible cuando los litigios son disponibles, por tratarse de derechos privados en los que las partes son dueñas de su propia controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Por ello, son ellas quienes deben decidir la forma de resolverlo, pudiendo optar por una pluralidad de posibilidades. Si la materia en la que se genera el litigio es indisponible solo se puede acudir a la jurisdicción”.

<sup>232</sup> Según San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos...”, cit., pág. 285, “Las relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, matrimonio, menores, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción;

indisponibilidad absoluta de los derechos fundamentales reconociendo que “muchas normas imperativas no se refieren ni a la organización de la comunidad ni a sus principios fundamentales y rectores, y porque en determinadas materias comprendidas dentro del ámbito señalado no se requiere un carácter imperativo expreso para que queden sustraídas a la disponibilidad de los particulares” (STS de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006). La disposición de los derechos fundamentales a través de la tutela extrajudicial no implica afectación del orden constitucional sino perturba a la comunidad, sus valores o principios atendiendo a la materia acordada <sup>233</sup>.

Según Carnicer “el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva forma parte del núcleo duro de los derechos en la Constitución española, aquellos que el pueblo español considera fundamentales, suyos y, por tanto, indisponibles y vinculantes para todos” <sup>234</sup>. Por su parte, Carnelutti, F. afirma que “la justa composición de la litis es siempre un interés público que estará presente en todo tipo de procesos y de forma independiente a que se trate de derechos disponibles <sup>235</sup>.

---

y todas aquellas en que por razón de la materia o en representación y defensa de menores incapacitados o ausentes intervenga el Ministerio Fiscal y la relativa a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos (arts. 1814 del Código Civil y 748, y 551.1 LEC).

<sup>233</sup> Vid., Pleiteado Mariscal, P., “Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria”, *Estudios de Deusto*, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018. “La resolución extrajudicial de conflictos puede encontrar apoyo en cualquier criterio, llega a la paz social por muchos caminos. En cambio, la solución jurisdiccional solo puede fundarse en la norma jurídica, en la norma que es aplicada, además, por unos órganos que reúnen unos caracteres específicos; llega a la paz social a través de la Justicia”.

<sup>234</sup> Según San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos...”, cit., pág. 16, las cuestiones que trasciendan el interés particular, por afectar a terceros o al interés público serán indisponibles y el orden público es un criterio delimitador de la disponibilidad.

<sup>235</sup> Según Conforti, F., Generalidades Tutela judicial efectiva..., cit., “...habrá que ver si el envío del caso a mediación suspende o no las obligaciones que la Tutela Judicial Efectiva imponen al Juez, si las suspende no habría mejora porque simplemente ha salido de la esfera de custodia

Por esta razón, que el ordenamiento jurídico contemple medios de resolución de conflictos distintos del recurso a los tribunales es perfectamente legítimo, y no amenaza ni conculca el derecho a la tutela judicial efectiva ni la posición de la jurisdicción en la estructura del Estado social y democrático de Derecho <sup>236</sup>.

De otro lado, la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales debe interpretarse conforme a principio de voluntariedad en el acceso a la jurisdicción que integra el contenido del derecho a tutela judicial <sup>237</sup>. Su ejercicio constituye una facultad discrecional del titular y no una obligación considerando *“los derechos fundamentales no admiten una renuncia genérica y absoluta (desde luego no los personalísimos, pero tampoco los de prestación, como el derecho a la tutela judicial efectiva), pero sí es posible renunciar a ejercitarlos en supuestos concretos. El derecho a solicitar y obtener de los tribunales una resolución sobre el fondo de un asunto es, efectivamente un derecho, y de ningún modo una obligación, de manera que los ciudadanos pueden renunciar voluntariamente al ejercicio de este derecho y no solventar su asunto o buscar otro medio de hacerlo”* (Masucci).

---

de la Tutela Judicial Efectiva, y si no las suspende los principios de la mediación (privacidad y confidencialidad) podrían estar seriamente comprometidos aunque paradójicamente aquí sí habría mejora ya que el Juez podría verificar que el acuerdo de mediación cumple con la justa composición de la litis”.

<sup>236</sup> En opinión de Alfaro Águila-Real, “Autonomía privada...”, cit., págs. 65 y 66, “El Estado ante el conflicto en las relaciones entre particulares se enfrenta al dilema de no intervenir legitimando el resultado de la actuación libre de los particulares o intervenir afectando a esferas individuales protegidas por derechos fundamentales. Hay un derecho a que el Estado no interfiera en su actuación individual, como mandatos a que respeten la esfera de libertad reconocida a los ciudadanos (prohibición de intervención) y como mandatos para que establezcan medios de protección eficaces frente a su infracción por otros particulares”.

<sup>237</sup> Señala Pleiteado Mariscal, P., “Consideraciones sobre...”, cit., “El derecho a solicitar y obtener de los tribunales una resolución sobre el fondo de un asunto es, efectivamente un derecho, y de ningún modo una obligación, de manera que los ciudadanos pueden renunciar voluntariamente al ejercicio de este derecho y no solventar su asunto o buscar otro medio de hacerlo”.

La tutela extrajudicial no vulnera el derecho fundamental a la justicia ordinaria siempre que no se imponga como acuerdo previo ni impida, restrinja o limite la accesibilidad a la vía judicial <sup>238</sup>. La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, afirma que “nada impide que la legislación nacional haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. El hecho de que las partes opten por la mediación con la intención de solucionar el litigio no les impedirá que posteriormente puedan iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio cuando el acuerdo no se hubiera conseguido” (14).

En sintonía con esta posición, la STJUE de 18 de marzo de 2010 concluye que “el recurso obligatorio a un procedimiento de conciliación, con carácter previo a un proceso judicial, no contraviene el derecho de tutela judicial efectiva “cuando no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando (...) sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija” <sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Vid., De la Torre Olid, “Derechos fundamentales y mediación como instrumento de solución extrajudicial de conflictos. La nueva Ley de mediación de Cataluña, impulso de una ley nacional”, *Revista europea de derechos fundamentales*, N°17, 2011, “Como en España, la solución extrajudicial de conflictos representa en Suecia una alternativa al proceso judicial. Es decir, la decisión de un órgano extrajudicial no es recurrible y no representa un obstáculo procesal, por lo que puede interponerse una acción judicial ante un órgano jurisdiccional ordinario sobre el mismo asunto, tanto durante como después del procedimiento de mediación. Ambos, conciliación y mediación, están regulados por el Código de procedimiento judicial sueco”.

<sup>239</sup> La STC 81/1992, de 28 de mayo afirma que “el Tribunal Constitucional concluye en la ausencia de obligatoriedad del acto de conciliación o de la mediación como presupuesto procesal de la admisión de una demanda, cuyo objeto lo constituya la solicitud de restablecimiento de un derecho fundamental vulnerado, ya que la interpretación contraria llevaría a la perpetuación en el tiempo de la lesión del derecho fundamental afectado”.

Por consiguiente, el ejercicio del derecho fundamental a tutela judicial se basa en la voluntariedad de su titular incluso para reconducir el litigio o conflicto a fórmulas extrajudiciales, con el límite del interés y orden público constitucional. Sin perjuicio de las objeciones derivadas de la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, la admisión de la tutela extrajudicial se inscribe en el marco actual proclive a la tendencia expansiva de autodeterminación en el ejercicio de determinados derechos fundamentales (aborto, eutanasia, igualdad y género, aborto...).

### 3.3. Bases para la construcción de una teoría sobre la tutela extrajudicial

#### 3.3.1. *Aplicación a los derechos fundamentales y su efectividad*

La configuración de la tutela extrajudicial como derecho fundamental exige replantear el carácter tasado de esta categoría de derechos y sus garantías, así como la posibilidad de soluciones alternativas a la vía judicial <sup>240</sup>.

La actual tendencia de la jurisprudencia constitucional favorable a un derecho fundamental expansivo de autodeterminación contribuye a la constitucionalización de la tutela extrajudicial. Paralelamente las garantías de los derechos fundamentales previstas en el artículo 53 CE no pueden interpretarse como tasadas sino en el sentido de su máxima efectividad a través de la idea de *numerus apertus* <sup>241</sup>. Según este precepto “cualquier ciudadano

---

<sup>240</sup> Para Corchete Martín, M., “Los nuevos derechos”, cit., denomina «explicitación de los derechos implícitos», como posibles consecuencias de los derechos enumerados constitucionalmente. En la misma línea que Baldassarre, estos derechos pueden ser construidos como derechos instrumentales, aunque también es posible, combinando entre ellos más normas constitucionales, configurar derechos «transversales».

<sup>241</sup> Para Alfaro Águila-Real, “Autonomía privada...”, cit., pág. 70, la sujeción de los poderes públicos se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social.

podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Conforme a una interpretación literal y su carácter facultativo, los titulares de derechos fundamentales pueden ejercitar dichas garantías y en caso contrario recurrir a mecanismos alternativos.

La omisión de garantías convencionales en la Constitución no presupone la inconstitucionalidad de la tutela extrajudicial por conferir a los titulares de derechos fundamentales una protección jurídica más eficaz <sup>242</sup>. Al margen de que la Constitución no la prohíbe expresamente ni infringe el artículo 24 CE por su carácter opcional salvo que se imponga al titular obligatoriamente<sup>243</sup>. El derecho fundamental a tutela judicial, siendo de configuración legal, posibilita la regulación de nuevas soluciones paraconstitucionales que no impidan ni restrinjan su ejercicio <sup>244</sup>. Al respecto, la STEDH de 16 de diciembre 1992 (caso Hadjianastassiou c. Grecia) recuerda que los Estados contratantes gozan de la más amplia libertad para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva.

---

<sup>242</sup> Para Alfaro Águila-real, “Autonomía privada...”, cit., pág. 70, la sujeción de los poderes públicos se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social.

<sup>243</sup> Para San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos...”, cit., “la justicia, que emana del pueblo, no solo se consigue a través de la función jurisdiccional (que corresponde en exclusiva a juzgados y tribunales (art. 117.3 CE), sino también por medio del arbitraje, la negociación, mediación o conciliación. Por tanto, estos otros mecanismos de resolución de controversias no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE, sino que forman parte de ella, porque tienen la misma finalidad de resolver conflictos entre particulares para obtener la paz social”.

<sup>244</sup> Vid., Corchete Martín, “Los nuevos derechos...”, cit., denomina «explicitación de los derechos implícitos», como posibles consecuencias de los derechos enumerados constitucionalmente. En la misma línea que Baldassarre, estos derechos pueden ser construidos como derechos instrumentales, aunque también es posible, combinando entre ellos más normas constitucionales, configurar derechos «transversales».

La tutela judicial un derecho no puede imponerse a los titulares como una obligación de ejercicio ni transfigurarse en un deber limitado a aquellas facultades que el legislador ha regulado con carácter excluyente <sup>245</sup>. En especial, teniendo en cuenta los resultados ineficaces para los titulares de derechos fundamentales debido a sus dilaciones o la consumación de los daños <sup>246</sup>. *El derecho a solicitar y obtener de los tribunales una resolución sobre el fondo de un asunto es, efectivamente un derecho, y de ningún modo una obligación, de manera que los ciudadanos pueden renunciar voluntariamente al ejercicio de este derecho y no solventar su asunto o buscar otro medio de hacerlo* <sup>247</sup>. De modo que la Constitución no se opone a la tutela extrajudicial como garantía atípica basada en el principio dispositivo y la autonomía privada <sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> Vid., Díez-Picazo, “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, cit., págs. 134 y ss., “Los derechos fundamentales son derechos subjetivos y éstos se caracterizan por dejar a su titular la facultad de hacer valer, cuando lo estime oportuno, la protección de los intereses protegidos por aquéllos. Este último, precisamente, parece que debe ser el criterio general en materia de renuncia a actos de ejercicio de los derechos fundamentales: es a las personas, actuando de manera consciente y libre, a quienes debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales...los poderes públicos no pueden imponer, favorecer o aceptar una renuncia de esa índole, porque ello equivaldría a admitir su desvinculación de los derechos fundamentales; derechos cuya función primordial es precisamente limitar a los poderes públicos”.

<sup>246</sup> Al respecto, vid., San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos...”, cit., págs. 43 y siguientes, “la disponibilidad del asunto se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, y en definitiva en la libertad. Si las partes tienen el dominio absoluto sobre el derecho material, debido a su naturaleza dispositiva...deben igualmente tener el dominio completo sobre los derechos procesales que comporta el proceso, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no”.

<sup>247</sup> Mientras que en los principios que informan la mediación (art. 6) se declara que, por un lado, la mediación es voluntaria, y que además “*Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.*”

<sup>248</sup> Así la STC 37/1995, de 7 de febrero, señala que «el derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley”. Según Díez-Picazo, «todo derecho o interés legítimo – es decir, cualquier situación jurídicamente relevante– debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero órgano judicial, quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia”.

Con carácter general, los derechos fundamentales presentan un espacio de disposición (material y procesal) a salvo de injerencias estatales en función de los intereses y prioridades de los titulares <sup>249</sup>. Su ejercicio y accionabilidad potestativa delimitan un margen de libertad que incluye la renuncia a las garantías jurisdiccionales mediante el recurso a otras alternativas. La transversalidad de la autonomía privada respecto de los derechos fundamentales y su integración en el contenido esencial justifica además la aplicación de los límites previstos en el artículo 6.2 CC<sup>250</sup>. En consecuencia, la mediación, transacción o arbitraje en el campo de los derechos fundamentales pueden constitucionalizarse si no causan perjuicios a terceros ni resultan contrarias al interés u orden público <sup>251</sup>. El artículo 19.1 LEC 1/2000, reconoce al titular del derecho a tutela judicial las facultades “disponer del objeto del juicio, renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

En la esfera constitucional, los conflictos se reconducen a la ponderación entre derechos, bienes e intereses que no sólo podrían efectuar los jueces sino también árbitros o mediadores siempre que no se altere el orden público o se trate especialmente de vulneraciones leves o de baja intensidad. El reequilibrio extrajudicial o convencional se justifica en el actual contexto de

---

<sup>249</sup> Vid., Alfaro Águila-Real, *Autonomía privada...*, cit. pág. 62, “Una sociedad libre tiene como correlato un sistema jurídico privado basado en que las decisiones individuales no necesitan justificarse. Las personas en el ejercicio de su autonomía individual asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses y dichas limitaciones son perfectamente constitucionales y constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

<sup>250</sup> Vid., Braguie Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, 2004, “*La garantía del contenido «esencial» remitiría precisamente a las normas de rango infraconstitucional que naturalmente concretan la generalidad y abstracción de las disposiciones de la Carta Magna en las que se enuncian derechos y libertades*”.

<sup>251</sup> Vid., Pleiteado Mariscal, “Consideraciones sobre...”, cit., “El derecho a solicitar y obtener de los tribunales una resolución sobre el fondo de un asunto es, efectivamente un derecho, y de ningún modo una obligación, de manera que los ciudadanos pueden renunciar voluntariamente al ejercicio de este derecho y no solventar su asunto o buscar otro medio de hacerlo”.

retroceso que afecta a las garantías constitucionales como el recurso de amparo aquejado de la exigencia de la especial transcendencia constitucional.

En la práctica la tutela judicial de los derechos fundamentales se ha tornado inefectiva precisamente por constituir la única vía de garantía de los mismos saturando los órganos judiciales y colapsar el Tribunal Constitucional<sup>252</sup>. La desjudicialización de los derechos fundamentales se adapta a la posibilidad implícita en el artículo 53 CE de recabar la tutela por otros procedimientos diferentes del amparo ordinario y constitucional<sup>253</sup>. La jurisprudencia constitucional legitima la alteridad de la tutela extrajudicial como “equivalente jurisdiccional” en relación con el Derecho privado y el arbitraje (entre otras SSTC 62/1991, de 22 de marzo y 288/1993, de 4 de octubre).

### 3.3.2. *Como derecho fundamental*

El derecho fundamental a garantías extrajudiciales deriva de uno de los principales subderechos que integran la tutela judicial efectiva: el acceso a la

---

<sup>252</sup> STJUE *Unibet* «que no existan cauces para el ejercicio de acciones, aunque sean incidentales (o que los que existen impliquen el riesgo de sufrir una sanción penal o administrativa) vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 47 CDFUE. Es decir, el contenido primario del artículo 47 es el derecho a tener acceso a un órgano jurisdiccional, derecho que se vulnera si el acceso es imposible o muy gravoso, porque no existe cauce procesal que lo permita o porque el que existe puede implicar consecuencias desfavorables para los ciudadanos que hagan uso de ellos”.

<sup>253</sup> A propósito, vid., López-Barajas, Perea, I., “La efectividad de la justicia: Una exigencia constitucional (Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”, *Revista de Derecho Político* N.º 85, septiembre-diciembre 2012, págs. 144 y ss., considerando que “la jurisprudencia constitucional ha ido extendiendo los derechos procesales del art. 24 CE al acto de conciliación en el proceso civil y a los procedimientos de jurisdicción voluntaria donde no hay prevista oposición, de modo que ante el menoscabo o lesión de garantías constitucionales en su sustanciación, el Tribunal ha respondido con un pronunciamiento favorable al amparo lo que se traduce, específicamente y en lo que aquí importa, en el reconocimiento para el justiciable que hace uso de este cauce, del derecho de acceso a la jurisdicción<sup>3</sup>. Pero el art. 24 CE no solo habla de acceso sino también de justicia efectiva”.

justicia <sup>254</sup>. La asimilación de la justicia con la necesidad de intervención judicial no resulta acorde con la apertura actual a nuevas garantías basadas en la autonomía privada <sup>255</sup>. A propósito, la STC 6/2018, de 22 de enero distingue “el acceso a los tribunales propiamente dicho y el derecho a una resolución sobre el fondo” que no sólo puede provenir de órganos judiciales <sup>256</sup>.

En modo alguno la tutela judicial de los derechos fundamentales resulta plenamente identificable con el derecho a la justicia efectiva de los mismos por diversas razones <sup>257</sup>. Los intereses, necesidades y pretensiones de los titulares de derechos fundamentales suelen permanecer insatisfechos tras el ejercicio del

---

<sup>254</sup> Conforme al Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981, se deberían seguir para aproximarse a la idea de «contenido esencial» el primero pasaba por acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir cada derecho; el segundo, por buscar lo que una importante tradición habría llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”.

<sup>255</sup> Así, vid., De la Torre Olid, “Derechos fundamentales...”, cit., pág. 366, “significa la confirmación de la autonomía (frente a la heteronomía) y de la justicia satisfactiva (frente a la justicia impuesta), negociada (frente a la reglada), privada (frente a la pública), espiritualista (frente a la formalista), voluntaria (frente a la necesaria), inmediata (frente a la mediata o de tercero), y participada (frente a la predispuesta)”.

<sup>256</sup> Expone Revenga Sánchez, M., “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional...”, cit., pág. 99 como “ejemplos de esta labor de «actualización» de derechos por parte del Tribunal Constitucional español los encontramos, principalmente, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho al recurso en materia penal (STC 61/1983), el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (STC 125/1987) formarían parte del artículo 24.1 CE a los que se aplicaría, incluso, el «plus» de garantías del que disfruta este precepto, el recurso de amparo en los términos del artículo 53.2 CE, así como la rigidez del artículo 168 CE. La apertura semántica del derecho a la tutela judicial permite incluir en su contenido tales posiciones jurídicas o derechos que el Tribunal Constitucional no ha hecho más que verificar”.

<sup>257</sup> Así, vid, Martín Diz, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N°23, 2014, págs. 165 y s., “la intensidad de la exigencia subjetiva que se reconoce al ciudadano para excitar la actividad jurisdiccional en cumplimiento del vigente derecho a la tutela judicial efectiva, debería ser rebajada en cuanto a que el derecho a la tutela efectiva de la justicia debería garantizar que el Estado debe estructurar y mantener la disponibilidad para el ciudadano de mecanismos legales y garantistas de tutela jurídica de sus derechos e intereses legítimos, dicha disponibilidad se cumpliría con desarrollar legalmente su implantación y funcionamiento así como la accesibilidad en condiciones de igualdad para todo ciudadano, sin obstáculos ni requisitos desproporcionados y arbitrarios”.

derecho a la tutela judicial efectiva <sup>258</sup>. De otra parte, los efectos contraproducentes y secundarios de las resoluciones judiciales, incluso estimatorias de los derechos fundamentales, derivan de la consumación del daño, la irreversibilidad de la lesión debido a las dilaciones del procedimiento, el riesgo de conflictivización de las relaciones entre las partes a consecuencia del litigio, la revictimización así como del coste procesal económico y psicológico.

Frente a estas inconveniencias, la tutela extrajudicial favorece una respuesta individualizada a la vulneración de los derechos fundamentales acorde a los intereses de sus titulares <sup>259</sup>. Presenta una superior capacidad de adaptación a las necesidades y pretensiones de la víctima o del titular/es de los derechos fundamentales en conflicto <sup>260</sup>. En esta línea se inscribe la Directiva

---

<sup>258</sup> En opinión de López-Barajas, Perea, I., “La efectividad de la justicia...”, cit., “aspira a convertirse en un medio independiente de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos que tienen derecho a elegir de entre los diversos medios de resolución de conflictos el que mejor se ajuste a la defensa de sus intereses. El libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002 se refiere a su función como instrumentos al servicio de la paz social. Las partes no se enfrentan, sino que emprenden un proceso de aproximación, y desempeñan un papel más activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene”.

<sup>259</sup> Según la Directiva 2008/52/CE, “la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa”.

<sup>260</sup> La STC 176/1966 señala en relación a una solicitud de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva una vez utilizada la vía de arbitraje, que «el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones formuladas (STC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988) pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (STC 133/1989, 18/1990 y 11/1995, entre otras muchas) como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción.... tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995) de su función como medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados: lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)».

2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, señalando que “los Estados miembros velarán por que se reconozca a las víctimas su condición como tales y porque sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria, en todos sus contactos con servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, o con cualquier autoridad competente que actúe en el contexto de un procedimiento penal”.

La tutela judicial presenta una onerosidad intrínseca que penaliza las legítimas expectativas de los titulares, debido a la frecuente imposibilidad de restablecimiento del derecho y los perjuicios que no cubre la sentencia. El actual sistema constitucional determina la obligada judicialización de los conflictos y desincentiva del ejercicio a tutela judicial por las desventajas que conlleva <sup>261</sup>. En consecuencia, la violación de derechos fundamentales tiende a convertirse en cifra negra y a su invisibilidad por la resistencia de los particulares a litigar para evitar la intranquilidad de los juicios, la incertidumbre de las sentencias y la posible imposición de costas<sup>262</sup>. La tutela extrajudicial abre un abanico de posibilidades para la satisfacción plena del titular de derechos

---

<sup>261</sup> Vid., Espluges Barona, “Algunas reflexiones sobre el modelo francés y el norteamericano de arbitraje como cauces de resolución de conflictos administrativos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 50, 2019, afirmando que “es ineludible que hemos convivido hasta la actualidad con dos vías para la resolución de las disputas entre ciudadanos y Administración, la del procedimiento administrativo y la del proceso contencioso-administrativo. Pero no podemos negar que las relaciones jurídico-administrativas cada vez son más complejas y que el modelo actual se aboga insuficiente para lograr ofrecer una respuesta ágil y adecuada a las necesidades de la ciudadanía, tanto por los resultados poco satisfactorios alcanzados, como por el trato recibido y los tiempos de demora”.

<sup>262</sup> Para Finochietti, M.D., “Mediación, conciliación y sistema penal”, *Revista Pensamiento Penal*, Nº 12, 2014, “El fenómeno de la “cifra negra” (delitos que no se denuncian), muchas veces se debe a razones culturales que hacen en una sociedad o una región determinada, ciertos hechos no se denuncien por considerarlos “triviales” o por entender que la respuesta adecuada a no será la imposición de una pena. Dada la complejidad de las interacciones que existen en la trama social, hay infinidad de situaciones litigiosas que se encuentran en una zona límite difusa; hechos en los que no está claro que la conducta desplegada caiga bajo una sanción penal o donde la ausencia de pruebas anticipa el fracaso inexorable del proceso penal”.

fundamentales por su aplicación previa, durante el procedimiento judicial y a posteriori, a su elección y posibilitando una doble vía de protección con la superposición de derechos y garantías<sup>263</sup>.

La tutela judicial podría reducir su campo de aplicación en los supuestos de vulneraciones de baja intensidad, molestias o de eficacia inter partes de los derechos fundamentales, a decisión de sus titulares o de los órganos judiciales<sup>264</sup>. Señala al respecto Alfaro Águila-Real que “la posibilidad de limitar los derechos fundamentales por los particulares no está regulada por la Constitución, a pesar de que debería estarlo si los derechos vincularan directamente a los particulares (61). Si el Constituyente hubiera pretendido regular los derechos fundamentales entre particulares hubiera establecido una prohibición de limitación o supresión por contrato”<sup>265</sup>. Esta laguna constitucional determina que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares quede a expensas de la autonomía privada, a diferencia de aquéllos que se ejercen frente a la Administración y los poderes públicos.

---

<sup>263</sup> Al respecto, Gisbert Pomata, M., “Los avances en la implantación de La mediación como sistema de resolución de conflictos: Estados Unidos, Unión Europea y España”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N 98, 2016, pág. 68, argumenta que “la preservación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva puede fundamentarse en la intervención de un juez directamente o su encomienda a terceros, o bien la mediación al margen de cualquier procedimiento judicial”.

<sup>264</sup> Destaca RGDA 2013, “En todo caso nada debería haber que por principio se opusiera a la admisión de tal presencia o eficacia. La paradoja consiste también en que con mayores o menores discusiones doctrinales han ido creciendo las sentencias que, de forma abierta o solapada, han ido reconociendo la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

<sup>265</sup> Para Alfaro Águila-Real, “Autonomía privada...”, cit., pág. 61, “la libertad de expresión y la prohibición de discriminación tienen eficacia horizontal y limitan el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente”.

### 3.4. La mediación

La mediación constituye un “procedimiento voluntario de gestión o resolución de conflictos o toma de decisiones, en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador y/o mediadores profesionales, imparciales, neutrales y sin capacidad para tomar decisiones por ellas ni imponer las mismas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuado”.

En principio y con carácter general “parece razonable que el recurso a los tribunales no sea utilizado cuando exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución de la disputa” <sup>266</sup>. El Tribunal Constitucional (75/1996, de 30 abril) se muestra favorable a las soluciones extrajudiciales afirmando que “...no puede decirse, ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde...a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía”.

Este medio de solución de controversias presenta diversos límites relativos a su carácter facultativo y a la disponibilidad del objeto. *Solo es posible cuando los litigios son disponibles, por tratarse de derechos privados en los que las partes son dueñas de su propia controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Por ello, son ellas quienes deben decidir la forma de resolverlo, pudiendo optar por una pluralidad de posibilidades. Si la materia en la que se genera el litigio es indisponible solo se puede acudir a la jurisdicción”.*

---

<sup>266</sup> Vid., López-Barajas, Perea, I., “La efectividad de la justicia...”, cit.,” no solo abarca el acceso a la vía judicial sino también los sistemas extrajudiciales de resolución de controversias. Señala la doctrina que los constituyentes españoles, al modificar la redacción inicial del texto constitucional, que consagraba un derecho al acceso a los tribunales, quisieron ir más allá de un puro derecho de acceso a la justicia. No pueden ignorarse las consecuencias que necesariamente se derivan de la expresa referencia constitucional a que la tutela sea «eficaz».

Desde esta perspectiva, su aplicación a los derechos fundamentales tropieza con el carácter indisponible, la posibilidad de menoscabar el derecho fundamental a tutela judicial efectiva y el riesgo de mutación de los mismos por vía paccionada <sup>267</sup>. Aunque la privación de soluciones extrajudiciales a los titulares de derechos fundamentales transformaría en un deber la naturaleza como derecho de la tutela judicial efectiva.

Para el Tribunal Constitucional “las transacciones entre las partes deben respetar el orden público que se vería vulnerado si se infringen los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del artículo 24 de la CE” (STC de 15 de abril de 1986).

A nivel doctrinal, López Barajas considera que las normas constitucionales que tutelan los derechos fundamentales deben entenderse incluidas dentro del criterio de orden público <sup>268</sup>. En particular la dignidad y *los límites que la propia Constitución imponga al definir cada derecho, ante los que de manera mediata se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos*».

De otra parte, el contenido esencial constituye un límite de la mediación para imposibilitar la desfiguración y mutación de los derechos fundamentales hasta hacerlos irreconocibles. El núcleo irreductible e intangible de los derechos fundamentales constituye la única zona innegociable a efectos de

---

<sup>267</sup> Vid., Pleiteado Mariscal, P., “Consideraciones sobre la relación...”, cit., “Por esta razón, que el ordenamiento jurídico contemple medios de resolución de conflictos distintos del recurso a los tribunales es perfectamente legítimo, y no amenaza ni conculca el derecho a la tutela judicial efectiva ni la posición de la jurisdicción en la estructura del Estado social y democrático de Derecho. La convivencia pacífica entre jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos puede, en cambio, verse alterada cuando los ciudadanos son compelidos a elegir unos y abandonar otros”.

<sup>268</sup> Considera López-Barajas, Perea, I., “La efectividad de la justicia...”, cit., que “en aquellas contiendas en las que esté comprometido el interés u «orden público» (arts. 6.2, 1814 del Código Civil) las partes no son absolutamente dueñas de poder disponer, a través de la mediación, de los derechos o intereses en conflicto. Pues bien, dentro del estándar «orden público» hay que reputar incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales”.

mediación, “*como parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...*» (STC 11/1981, de 8 de abril) <sup>269</sup>.

Entre las ventajas de la mediación destaca la posibilidad de prevenir y contener el agravamiento de conflictos evitando el recurso a la vía judicial <sup>270</sup>. El recurso a este mecanismo con anterioridad a la judicialización del conflicto genera un efecto inhibitorio de otras lesiones sobre derechos fundamentales. En particular sus efectos resultan menos traumáticos que la vía judicial entre sujetos obligados a continuar una relación jurídica, personal, profesional, laboral después del litigio. Al margen de tendencia legal a una intervención subsidiaria de los órganos judiciales *como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia* (Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles)“.

Como efectos positivos de la mediación puede señalarse la mejor adaptación a los intereses, expectativas y necesidades de los titulares de derechos fundamentales. Su optimización respecto de la tutela judicial deriva de la agilidad del proceso mediador y el potencial intrínseco para evitar la consumación de los daños causados por vulneración de derechos fundamentales <sup>271</sup>. Cabe

---

<sup>269</sup> Según Solozábal Echavarría, J., “Algunas cuestiones básicas...”, cit., “Como es sabido, el Tribunal Constitucional español ha establecido que el límite del contenido esencial no se respeta por el legislador cuando la actuación normadora de éste deja irreconocible el derecho fundamental, esto es, lo desfigura, de modo que ya en su régimen no es incluíble en el *nomen* del mismo, o cuando, tras su regulación, el derecho fundamental deja de ser capaz de proteger los intereses cuya tutela le compete”.

<sup>270</sup> Para Herrera de las Heras, R., “La autonomía de la voluntad en el arbitraje...”, cit., “La obligatoriedad de la mediación contribuye a que “el proceso de mediación quede como marginal y no llegará a conseguir los objetivos de aligerar la carga judicial”.

<sup>271</sup> Vid., Soletto Muñoz, H., “La mediación en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, señala que “la política que impulsa el acceso a los medios alternativos de resolución de conflictos se inscribe en el marco de facilitar a los ciudadanos un

argumentar además la capacidad para favorecer la distensión de los conflictos durante todas las fases del procedimiento con fines preventivos y resolutorios. En particular, favorece la reconciliación entre aquellos titulares de derechos fundamentales que deben continuar su relación jurídica tras el conflicto sin la ruptura que ocasiona la tutela judicial <sup>272</sup>. A diferencia de la justicia convencional, esta solución alternativa abre la posibilidad de diálogo en un contexto conflictivo y de lesiones de derechos fundamentales <sup>273</sup>. En última instancia actúa como garantía de indemnidad frente a posibles represalias por demandas judiciales con el riesgo de victimización secundaria del titular del derecho fundamental vulnerado <sup>274</sup>.

No obstante, la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia exceptúa de la actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional y la imposibilidad de ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la

---

espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente, el derecho de acceso a la justicia, promoviendo la resolución satisfactoria de los conflictos, por una parte, y por otra, estableciendo unas vías de resolución que impidan el colapso de la jurisdicción, garantizando el buen funcionamiento de la administración de justicia, aunque también, ya en materia penal, y desde el punto de vista de la protección a las víctimas, se impulsa la mediación como medio de reparación de los daños producidos”.

<sup>272</sup> Para San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos...”, cit., “La autocomposición necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto. Esto permite que terminado el litigio, las partes puedan mantener una mejor relación entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción. Por lo anterior, los sistemas autocompositivos, son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción”.

<sup>273</sup> En Cataluña el 50% de las mediaciones la víctima renunció a la exigencia de la responsabilidad civil.

<sup>274</sup>La Directiva europea 2012/29/UE de 14 de noviembre de 2012 entre los servicios de justicia reparadora cita expresamente la mediación entre víctima e infractor, exigiendo garantía para evitar la victimización secundaria de la víctima, intimidación y represalias.

legislación aplicable, materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la tutela judicial civil de derechos fundamentales (artículo 5.2). Aunque esta normativa no prohíbe expresamente la mediación en el campo de los derechos fundamentales pues se circunscribe a los asuntos civiles y mercantiles, junto a “los conflictos sobre materias que no estén a disposición de las partes **en virtud de la legislación aplicable**”. Al respecto, la exclusión de la mediación en la tutela civil de derechos fundamentales plantea la incoherencia con los pactos y acuerdos que se adoptan en los juicios penales sobre materias indisponibles como la violencia de género, como se expone más adelante <sup>275</sup>.

Por último, la reciente Ley Orgánica del Derecho de Defensa se muestra favorable a soluciones extrajudiciales como la mediación ampliando el derecho de defensa para reducir las dilaciones en los procesos. Según esta normativa *el artículo 24 de la Constitución Española consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, vinculándolo indisolublemente al derecho a la no indefensión o, en términos positivos, al derecho de defensa; vinculación tan íntima y sustancial que permite enunciar como ecuación axiomática que sin tutela judicial efectiva no es posible una defensa real y sin una defensa efectiva es inviable el ejercicio de una real tutela judicial efectiva. Se configuran por tanto ambos derechos como dos caras de la misma moneda y como corolario inherente al funcionamiento de un Estado de Derecho.*

---

<sup>275</sup> Vid., López de Argumedo, A/ Fernández de la Mela, J., “El acuerdo de mediación”, *Diario La Ley*, N° 8477, 2015, “ En todo caso, la mediación no supone sino una posible vía para llegar a la transacción, que es el fin. Se configura pues la mediación como el medio o vehículo para alcanzar un resultado, la transacción, como resulta el proceso o el arbitraje el medio para lograr una sentencia o laudo».

### 3.4.1. Problemática subjetiva

La prohibición de mediación en la esfera de los derechos fundamentales puede vulnerar la autonomía privada como principio y derecho, con una diferencia de trato cuestionable respecto a los titulares de derechos subjetivos<sup>276</sup>. Si bien no puede interferir en el recurso a la tutela judicial antes y durante el proceso mediador ni interpretarse como renuncia a este derecho<sup>277</sup>.

Los presupuestos de la mediación presentan una naturaleza negocial y se sujetan a los requisitos de validez previstos en el Código civil para el consentimiento<sup>278</sup>. En este sentido, Cuadrado Salinas afirma que “*el derecho a un proceso justo en el campo de la mediación debe limitarse la mediación al número de asuntos en los que infractor y víctima consientan libremente a*

---

<sup>276</sup> Señala Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, “*Proceso judicial y proceso arbitral...*”, cit., que “la Constitución, en la cúspide del ordenamiento, aun cuando no contenga una referencia explícita al arbitraje, sí debe habilitar la integración de la función arbitral, de configuración legal, en el seno de una más amplia función jurisdiccional orientada a la defensa de los Derechos subjetivos a la realización de la justicia y, en fin a la preservación de la tutela judicial efectiva mediante una diversidad de procedimientos de configuración legal que comprenden la regulación del arbitraje”.

<sup>277</sup> Para Castro Jover, B. “La mediación penal como práctica restaurativa en la fase de ejecución penal”, *Diario La Ley*, N° 9710, Sección Tribuna, 6 de octubre de 2020, “se debe evitar una utilización genérica de la mediación que pueda ser instrumentalizada, sin valoración de sus aspectos fundamentales, en orden a descargar de trabajo a los operadores jurídicos de las instituciones penales. No se debe crear una situación en la que el infractor se pueda sentir sutilmente obligado a participar en una mediación si percibe que su negativa se puede traducir en una situación más perjudicial que si continúa por el trámite ordinario”.

<sup>278</sup> Vid., Armenta Deu, T., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: Vinculación europea y análisis crítico”, *Revista General de Derecho Europeo*, N° 44, 2018, “Se exige, en tercer lugar, que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento. Nos encontramos ante un requisito nuclear, que por una parte, requiere un conocimiento suficientemente informado y por otra, de una voluntad constatable y constatada”.

*participar*. Además, el consentimiento debe ser informado respecto a los efectos y consecuencias sobre sus derechos, intereses y bienes constitucionalmente protegidos <sup>279</sup>.

Los aspectos problemáticos de la mediación se plantean en relación a los sujetos titulares de derechos fundamentales sin plena voluntad o capacidad <sup>280</sup>. La exclusión de menores o incapaces podría generar un trato desigual y perjudicial a sus intereses, debiendo permitirse el recurso a la mediación con la intervención judicial durante el proceso de mediación y la supervisión del acuerdo que afecta a derechos fundamentales <sup>281</sup>.

Paralelamente las relaciones, circunstancias personales y situación de los titulares de derechos fundamentales condicionan o excepcionan la mediación por desequilibrio o desigualdad. Las transacciones y disposición del contenido o facultades no pueden efectuarse por quienes adolecen de voluntades debilitadas, *presumiendo la debilidad (heteronomía) de quien sacrifica, incluso voluntariamente, sus derechos fundamentales al celebrar un negocio jurídico*.

---

<sup>279</sup>Vid., Ilundain, M/ Tapia, “Mediación y violencia familiar. Inclusión/focalización de menores en mediación familiar: revisión de estudios y propuestas futuras”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 36, Nº 2, 2015, “A partir de mediados de la década de los ochenta, gradualmente, comenzaron a aparecer artículos que afirmaban que la mediación puede ser efectiva en los casos de abuso de poder (que involucra violencia física, sexual y emocional) (Ferrick, 1986; Rempel, 1986; Johnson y Campbeli, 1988; Marthaler, 1989; Erikson and McKnight, 1990). Todos son coincidentes en que no es posible hablar de reglas generales, ya que los casos de violencia difieren entre sí, y que esas diferencias pueden influir en la efectividad de una intervención”.

<sup>280</sup> Como afirma Cazorla González, M. J., “La mediación de consumo en el arbitraje institucional”, 2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009, “la autonomía de la voluntad de las partes es el núcleo fundamental a la hora de resolver un conflicto bajo cualquiera de las diferentes alternativas de resolución extrajudicial de conflictos, sobre todo en aquellas donde la solución la aportan ellos”.

<sup>281</sup> Para San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos...”, cit., “como todo contrato, la transacción, solo puede celebrarla la persona que sea capaz y que además pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El mandatario o apoderado extrajudicial no puede transigir sin autorización especial en la que se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre los cuales se quiera transigir”.

La mediación se subordina pues, al equilibrio entre los titulares de derechos fundamentales en conflicto para impedir acuerdos perjudiciales a los intereses de la “parte débil” como en la esfera privada <sup>282</sup>. La desigualdad en la relación jurídica subyacente puede propiciar un acuerdo oneroso a la baja con renuncia a facultades, bienes o valores indisponibles <sup>283</sup>. Por esta razón, el artículo 6 Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana dispone que “se garantizará en todo momento la igualdad entre las partes en conflicto, asegurándose el equilibrio de posiciones y el respeto mutuo sobre los puntos de vista expresados” <sup>284</sup>. La vulnerabilidad del titular del derecho fundamental lesionado puede contribuir a debilitar su posición en las

---

<sup>282</sup> Vid., Jiménez Horwitz, “La renuncia de derechos y la buena fe contractual...”, cit., pág. 515, “lo que se predica es una imperatividad de mínimos; en consecuencia, es nula la modificación del régimen legal que se haga a la baja, y no la que se haga al alza. El contratante más fuerte impone al otro contratante un recorte a la baja de los derechos que le vienen dados en la ley, sin otorgarle a cambio de ello compensación alguna u otorgándole una compensación insuficiente que sigue realizando un desequilibrio objetivo. Y todo ello recubierto con la legitimación que otorga el dogma de la voluntad negocial, reforzada”.

<sup>283</sup> Según el Tribunal Constitucional de Perú STC 24 de marzo 2004 (...). “Al lado de esa invocación de la protección de sí mismos recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. [E]n este supuesto, el deber especial de protección de los derechos no se traduce en una protección frente a terceros (...), sino de una labor garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, es decir, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados” que la autonomía privada (y la facultad de disposición de los propios derechos fundamentales) tiene como límites externos a otros bienes iusfundamentales, especialmente los relacionados a necesidades básicas para la existencia y el desarrollo personal”.

<sup>284</sup> «El segundo rasgo definitorio de la transacción es su carácter bilateral y oneroso. Cada una de las partes ha de dar, prometer o retener alguna cosa a cambio de la concesión que hace la otra. Tienen que existir recíprocas concesiones (STS 27 noviembre 1987 [RJ 1987, 8701]). Pero en este punto la jurisprudencia ha operado con enorme amplitud, hasta el punto de negar que sea exigible en términos reales que ambas partes se sacrifiquen, o admitiendo una concesión meramente moral o inmaterial, o incluso confundiendo la prestación en que consiste la causa con el simple ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial (SSTS 14 marzo 1955 [RJ 1955, 765]; 26 junio 1969 [RJ 1969, 3663]; 30 octubre 1989 [RJ 1989, 6972]; 6 noviembre 1993 [RJ 1993, 8618]).

negociaciones de la mediación <sup>285</sup>. El daño moral y la revictimización durante el proceso mediador a juicio de expertos o de la autoridad judicial, desaconsejan el recurso a la tutela extrajudicial <sup>286</sup>.

Por último, la mediación puede constituir una solución idónea en los supuestos de ataques masivos de derechos fundamentales especialmente a través de las nuevas tecnologías ante la imprevisión constitucional de acciones colectivas para la defensa de derechos fundamentales <sup>287</sup>.

### *3.4.2. Ámbito objetivo*

La vis expansiva de la mediación se refleja en el ensanchamiento de su esfera de aplicación extendiéndose al ámbito internacional, civil, familiar, penal o administrativo <sup>288</sup>. Esta tendencia unida a la ausencia de prohibición constitucional

---

<sup>285</sup> De las Reglas de Brasilia “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

<sup>286</sup> Vid., Morales Fernández, G., *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos. La mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, Universidad de Sevilla, 2013, “El derecho no es la única herramienta o la más idónea en conflictos en los que los aspectos emocionales y las percepciones subjetivas son componentes esenciales que además están en interacción mutua: la aplicación legal en la respuesta contenciosa fracasa al obviar el proceso emocional subyacente en el conflicto y sus aspectos comunicacionales”.

<sup>287</sup> Vid., Masucci, *El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo*, *Revista de Administración Pública* Nº 178, Madrid, enero-abril, 2009, “En el caso en que el procedimiento de mediación se establezca con referencia a procesos masivos o con un notable número de sujetos, se estima que para representar a esta multiplicidad de sujetos en la negociación ha de admitirse sólo un limitado número de representantes”. En el caso concreto se plantea una acción para la protección del interés colectivo de los consumidores, demandando “la nulidad de una serie de cláusulas contenidas en contratos asociados a planes de cuentas corrientes de los clientes de dicho banco” (sobre tratamiento y transmisión de datos)..

<sup>288</sup> Según Fernández de Benito, M.J., “La mediación intrajudicial”, *Estudios de derecho judicial*, Nº. 154, 2009 (Ejemplar dedicado a: Claves de la especialidad del proceso contencioso-

y al principio de autonomía de la voluntad, plantea la ampliación al marco constitucional y en particular a los derechos fundamentales<sup>289</sup>. La flexibilidad de la mediación ejercitable en cualquier fase del procedimiento judicial, su inferior coste económico y desgaste psicológico, la adaptabilidad a los titulares reacios a interponer demandas y a los casos sin transcendencia constitucional, posibilitan la entrada en escena de este medio extrajudicial para resolver conflictos<sup>290</sup>.

De igual modo, para los derechos fundamentales de carácter laboral, administrativo o penal, se justifica un tratamiento homogéneo a efectos de mediación por su naturaleza dual<sup>291</sup>. En estos supuestos, resulta especialmente complicado el deslinde entre los aspectos susceptibles de mediación y los sujetos a indisponibilidad por tratarse de derechos fundamentales<sup>292</sup>. Tampoco

---

administrativo), “la mediación ha conseguido un gran desarrollo en materia de conflictos familiares (situaciones de separación y divorcio) y en conflictos laborales, pero es evidente que la mediación tiene cabida en cualquiera de las distintas relaciones jurídicas, y en la actualidad se ha venido trabajando para implantar la mediación intrajudicial en otras ramas jurídicas”.

<sup>289</sup> La Directiva 2008/52 el artículo 3 a) define la mediación como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro».

<sup>290</sup> Considera Cruz Márquez, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 7, 2005, págs. 19 y 20, que “es criticable, si cabe, que esta superposición casi total entre el ámbito de aplicación de ambas modalidades, resulta la restricción del sobreseimiento por conciliación o reparación del daño a los supuestos de faltas o delitos menos graves, pues cierra lamentablemente el paso a un desarrollo de la mediación”.

<sup>291</sup> Vid. López de Argumedo, A/ Fernández de la Mela, J., “El acuerdo de mediación...”, cit., “Por otra parte, y en su condición de acuerdo resultante del proceso de mediación reglamentado en la LM, el acuerdo de mediación es susceptible de ser configurado como un título ejecutivo (artículo 25 LM), con el rango propio de los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales (al ubicarse en los números 2º y 3º del artículo 517.2 de la LEC”.

<sup>292</sup> Según Malagón Terrón, F., “Derechos fundamentales y mediación en la Unión Europea: hacia un enfoque de derechos”, *Mediaciones Sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, N° 12, 2013, “la Mediación como uno de los recursos estratégicos que el Estado democrático Social y de Derecho debe desplegar para la protección de los derechos fundamentales

se sustenta la negativa a la mediación de derechos fundamentales por razón del objeto mientras se permiten acuerdos respecto de delitos graves avalados por la Fiscalía<sup>293 294 295</sup>.

A) Garantías y tipología

La tendencia actual a la autodeterminación en los derechos fundamentales argumenta una posición favorable a la gestión convencional de la resolución de conflictos. Las objeciones a su aplicación pueden neutralizarse a través de la previsión de cautelas institucionales y formales <sup>296</sup>. La

---

de sus ciudadanos. Desde este *enfoque de derechos*, la Mediación no es una mera opción para el Estado, sino una obligación que debería garantizar, como lo hace con el acceso a la educación o a la sanidad públicas, como recursos imprescindibles para que la ciudadanía pueda experimentar el bienestar de pertenecer a una sociedad más equitativa, democrática e integradora”.

<sup>293</sup> La Decisión Marco del Consejo de la Unión europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), que define la mediación penal como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal de una solución negociada entre víctima y autor de la infracción, en la que medie una persona competente” y obliga a los Estados Miembros a impulsar la mediación en aquellas causas penales cuya infracción se preste a este tipo de medida poniendo para ello como fecha límite el 22 de marzo de 2006, plazo que es evidente que en nuestro país no se ha respetado.

<sup>294</sup> Vid., Avilés Navarro, “La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad...”, cit., pág. 120, “por sus particulares circunstancias se revelen como de especial conflictividad o con escasas posibilidades de que la mediación tenga éxito, lo que parece obedecer a un criterio de optimizar los escasos recursos existentes”.

<sup>295</sup> La Recomendación núm. R [99] del Comité de Ministros del Consejo de Europa, define la mediación penal como “todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)”.

<sup>296</sup> El art. 1.3 de la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI publicada por la ONU en 2002 indica que “no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos. Es decir, toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales. Dicha garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.

incorporación de una cláusula genérica de salvaguarda de la Constitución y el orden constitucional en los acuerdos de mediación (Art. 46 de la Ley de mediación) reduciría las posibles objeciones a este mecanismo en el marco de los derechos fundamentales <sup>297</sup>.

El principio de voluntariedad libre, informada, consensuada constituye una garantía subjetiva de la mediación que incluye tanto el derecho a su ejercicio como a desistir de este recurso extrajudicial <sup>298</sup>. La referida Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana alude a la necesidad de “conocer, con carácter previo a la mediación, toda la información relativa a sus características, funcionamiento, alcance, consecuencias, valor de los acuerdos y coste máximo aproximado...en caso de que las partes de la mediación tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita, la remuneración de las personas que presten el asesoramiento se determinará reglamentariamente, recusación, disconformidad con actuación de mediador, desistir de la mediación” (artículos 23 y 24) <sup>299</sup>.

Al margen de las garantías contractuales, desde una perspectiva constitucional el contenido esencial “preserva otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos guardando la adecuada

---

<sup>297</sup> Al respecto, vid., López-Barajas, Perea, I., “La efectividad de la justicia...”, cit., “La satisfacción procesal, siguiendo a la doctrina, ha de ser jurídica, razonada, eventualmente completa, estable y práctica. Por ello, se trata, sin duda, del mecanismo más estable de solución de conflictos, lo cual unido a su carácter público (ex art. 117.1 CE) suscita una confianza superior en la vía jurisdiccional que ha derivado en un cierto abuso en su utilización”.

<sup>298</sup> Como señala la STC, Pleno, de 24 de mayo de 2018 (SP/SENT/957051) “La imperativa redacción del precepto de acuerdo con el principio de voluntariedad, las partes son libres de acogerse a la mediación así como de desistir de ella en cualquier momento».

<sup>299</sup> El artículo 24 de la ley de Mediación valenciana dispone que “las partes deberán respetar los principios esenciales de la mediación previstos en la presente ley y, a este fin, suscribir, ante la persona mediadora y con anterioridad al inicio de la mediación, una declaración expresa que acredite el conocimiento de los derechos y deberes que les corresponden conforme lo dispuesto en esta ley...”.

proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida” (STC de 16 de febrero de 2012) <sup>300</sup> <sup>301</sup>.

B) Viabilidad en el campo de los derechos fundamentales

La mediación requiere como principal garantía dejar expedita la vía judicial a los titulares de derechos fundamentales para retornar a la misma en cualquier momento previo al acuerdo extrajudicial y sin otra consecuencia que la suspensión del procedimiento.

Entre las garantías subjetivas, la mediación debe respetar el derecho a la presunción de inocencia para evitar que pueda interpretarse como una asunción de la autoría por vulneración de derechos fundamentales y ser utilizada en un proceso judicial posterior <sup>302</sup>. Si bien la accesibilidad a esta

---

<sup>300</sup> Según el TJUE en la sentencia Puskár, «la obligación de agotar las vías de recurso administrativo disponibles», que no se opone al derecho de la Unión –en palabras de Puskár– «siempre que la regulación concreta del ejercicio de dichas vías de recurso no afecte de forma desproporcionada al derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el propio artículo 47 de la Carta. En particular, es necesario que el agotamiento previo de esas vías de recurso no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de la acción judicial, suponga la interrupción de la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasione gastos excesivos».

<sup>301</sup> Vid., Cuadrado Salinas, “La mediación...”, cit., “La desviación de un asunto por aplicación del principio de oportunidad suele estar condicionada a la aplicación del principio de proporcionalidad como presupuesto para tomar la decisión, lo que implica una labor de ponderación de los factores a favor y en contra del procesamiento. Así sucede, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico inglés, o el austriaco, en los que dicha ponderación, como no podía ser de otro modo, está guiada por el principio de proporcionalidad”.

<sup>302</sup> Cuando el art. 19 de la Ley Mediación [Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación (SP/LEG/9662)] señala claramente que “*El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva*”, la sesión informativa se configura como un elemento fuera, *stricto sensu*, del procedimiento de mediación, y cuando el art. 6 LM dice que la mediación será voluntaria, quiere decir que desde que se firma el acta constitutiva es operativo dicho principio de mediación, luego cabe la posibilidad de exigir acudir a esa sesión informativa previa al inicio de cualquier demanda.

solución debería excluir como penalización a los reincidentes en la vulneración de derechos fundamentales <sup>303</sup>.

Según Freire Pérez “... es necesario concurren una serie de presupuestos: que el imputado haya admitido por iniciativa propia alguna participación en los hechos; que el ofrecimiento a participar en el programa de mediación no comporte el reconocimiento de los hechos; que en el ofrecimiento a participar en el programa de mediación se informe al imputado que la valoración final de los beneficios jurídicos corresponde al Juez o Tribunal; que la participación en este programa sea voluntaria y el contenido de la sesión confidencial, a salvo la voluntad de las partes” (pág. 155) <sup>304</sup>.

En relación a la figura del mediador debe operar como garante de los intereses y bienes constitucionalmente protegidos a través de los derechos fundamentales en conflicto, supervisando los límites de disposición y renunciabilidad, además del orden público constitucional. La condición de experto jurídico resulta conveniente para determinar los aspectos negociables actuando desde la neutralidad y la imparcialidad. Así mismo la intervención equidistante del mediador debería garantizarse con idénticos mecanismos de

---

<sup>303</sup> Para Esquinas Valverde, P., “La mediación entre la víctima...”, cit., pág. 131, “han entendido conveniente analizar los sentimientos de culpabilidad y de vergüenza en el agresor, a fin de valorar qué incidencia pueden desplegar en el éxito de los procesos restauradores, en la consecución de un acuerdo satisfactorio de reparación e incluso en los índices de peligrosidad futura y de reincidencia por parte del imputado”.

<sup>304</sup> El artículo 1 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión europea de 15 de marzo de 2001. 153 afirma que parece prudente plantear la mediación en aquellos casos en los que el imputado ha admitido los hechos, en los que no ha contestado o negado de manera seria los cargos. El riesgo estriba en que la mediación se convierta en una manera rápida y sin garantías de concluir el proceso, si bien la figura del mediador, sostiene este autor, puede ser concebida como un garante de los derechos fundamentales, entre ellos del derecho a la presunción de inocencia del imputado, puesto que podrá ponerse término a la mediación tan pronto se tengan indicios de que el imputado no cometió los hechos que se le atribuyen.

abstención y recusación que en los procesos judiciales, estableciendo un régimen de deberes y responsabilidades <sup>305</sup>.

En concreto, estarían obligados a la adopción de medidas en defensa de los derechos de las partes vulnerables (menores, incapaces...) y de terceros, extendiendo el deber de confidencialidad a la información obtenida durante el proceso de mediación mediante grabaciones o difusión sin autorización para evitar la lesión del derecho a la intimidad o privacidad <sup>306</sup>. No obstante, esta obligación puede entrar en conflicto con la de comunicar al juez de delitos que conociese en el ejercicio de sus funciones, provocando su responsabilidad por el hecho de silenciarlos <sup>307</sup>. Al margen de plantear el deber de testificar de los mediadores ante el riesgo de contravención del principio de confidencialidad <sup>308</sup>. En el fondo su configuración como requisito imprescindible se basa en el hecho de que si fracasa la mediación, *las partes han de tener la seguridad de que, de vuelta al proceso judicial, la información vertida en el clima de confianza del proceso mediador no va a ser utilizada en su contra* <sup>309</sup>.

---

<sup>305</sup> Según Chamorro Oter, “La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo”, [www.madrid.org](http://www.madrid.org) › [revistajuridica](http://revistajuridica.madrid.org) › [attachments](http://revistajuridica.madrid.org/attachments/article/113/113.pdf) › [article](http://revistajuridica.madrid.org/attachments/article/113/113.pdf),

“el mediador debe procurar el equilibrio e igualdad de las partes en todo el proceso, lo que resulta especialmente interesante en el ámbito administrativo, en el que tradicionalmente la Administración ostenta una posición de superioridad”.

<sup>306</sup> Viola Demestre, La confidencialidad en el procedimiento de mediación, IDP. Revista de Internet Derecho y Política Núm. 11, noviembre 2010, pág. 7.

<sup>307</sup> Entre los deberes del mediador se encuentra el de “poner en conocimiento de la autoridad competente las circunstancias que revelen la existencia de hechos presuntamente delictivos perseguibles de oficio, o de una situación de riesgo para la vida o la integridad física o psíquica de una persona”.

<sup>308</sup> Vid., Gisbert Pomata M. “Los avances en la implantación...”, cit., “Uno de los más importantes fue el nacimiento de una cierta jurisprudencia en torno al principio de la confidencialidad, la cual establecía la obligación de los mediadores de tener que testificar en aquellos juicios posteriores a las mediaciones infructuosas en las que habían participado”.

<sup>309</sup> Vid., Chamorro Oter, “La mediación intrajudicial...”, cit., El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial.

Paralelamente, la intervención de otros operadores jurídicos y expertos independientes como el defensor del pueblo, fiscales, letrados de la administración de justicia, abogados o jueces, afianza la legitimidad, licitud, validez y eficacia de los acuerdos de mediación <sup>310</sup>.

Al respecto, la función mediadora de los defensores del pueblo y su deber de velar por los derechos fundamentales refuerza las garantías de sus titulares en los conflictos con la Administración.<sup>311</sup>. Presenta efectos positivos tanto para los ciudadanos potenciando la capacidad de autodefensa de sus derechos y libertades, como respecto de las administraciones fomentando el diálogo y el consenso, la participación y la transparencia.

Respecto de la Fiscalía se reconoce la posibilidad “de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima (artículo 18 de las Directrices de las Naciones Unidas). La facultad de los fiscales de instar el procedimiento de mediación contribuye a la seguridad jurídica garantizando

---

<sup>310</sup> Para Ortuño Muñoz, J./Hernández García, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documento de trabajo* 110/2007, “frente al impulso a la Mediación se han levantado voces alertando contra lo que denominan la privatización de la justicia, sin entender de lo que se trata es de devolver a la ciudadanía unas facultades que le fueron arrebatadas en épocas autoritarias en las que se han estado utilizando a los Tribunales de Justicia como resorte del poder degradando la función judicial”.

<sup>311</sup> Vid., Carballo Martínez, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N<sup>o</sup> 29, 2013, pág. 66, al afirmar que el Defensor del Pueblo es un defensor de los derechos y de las libertades de los ciudadanos y un fiscalizador de las actividades de la Administración, entiende que su actividad radica en mediar entre el poder público y el ciudadano con la finalidad de obtener una solución autocompositiva. *La mediación se configura como un ofrecimiento que se dirige a las partes para solventar un determinado conflicto, ofrecimiento que puede ser, o no, aceptado, si bien las administraciones públicas han de tener presente el deber que tienen de auxiliar al Comisionado del Parlamento andaluz, con carácter preferente y urgente, lo que debe traducirse en la asistencia a la primera sesión informativa del proceso de mediación en el marco que precisamente configura el artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre».*

el cumplimiento de los derechos fundamentales y el orden público constitucional.

También la intervención de abogados en la mediación en derechos fundamentales aportar garantías al acuerdo de mediación actuando como profesionales que informan de las consecuencias a las partes implicadas. Cabe mencionar la inserción de la mediación en el servicio de asistencia jurídica gratuita por parte de la Comunidad Autónoma andaluza y la experiencia de la Institución de Mediación del Consejo General de Procuradores en la divulgación y promoción de esta alternativa para la resolución de conflictos garantizando la calidad interna y externa.

En cuanto a la atribución a los jueces de funciones mediadoras implica la desviación a la tutela extrajudicial de determinados conflictos entre titulares de derechos fundamentales tras el análisis del asunto, las condiciones del litigio y los límites de disposición o renunciabilidad <sup>312</sup>. La SAP de Baleares de 28 de enero de 2008, LA LEY, 74666 (2008), admitió “tras analizar la aplicabilidad del artículo 24 CE al arbitraje que “son constitutivas del orden público procesal las violaciones del derecho de defensa constitucionalmente relevante y del derecho a un proceso con todas las garantías en cuanto recoge el derecho a la imparcialidad del árbitro”.

El predominio del carácter consensual y la agilidad de los mecanismos de tutela extrajudicial eluden la aplicación de las garantías formales del

---

<sup>312</sup> Según la sentencia del tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre “...el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto en la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje. El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de octubre de 1989: “...no impide la igualmente facultad constitucional de optar para la tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje”.

procedimiento judicial <sup>313</sup> <sup>314</sup> <sup>315</sup>. En particular, la actual legislación de mediación reduce las formalidades a un acuerdo escrito y firmado en un documento con un contenido preceptivo y sujeto a límites de índole material y temporal (artículo 23 LM) <sup>316</sup>. Sin embargo, a pesar de su naturaleza prevalentemente consensual, las deficiencias formales pueden determinar la invalidez *del acuerdo de mediación*. Actualmente la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia requiere como requisitos formales la constancia de la identidad de las partes y de los intervinientes, firma y elevación a escritura pública o su homologación judicial (artículo 12).

---

<sup>313</sup> En opinión de López-Barajas, Perea, I., “La efectividad de la justicia...”, cit., “nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la Ley atenúe las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto sustituir la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía”.

<sup>314</sup> La STEDH de 16 de diciembre 1992, caso Hadjianastassiou c. Grecia, en la que la Corte recuerda que los Estados contratantes gozan de la más amplia libertad para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva. “Según el parecer del Tribunal Constitucional, el de acceso a la jurisdicción sería también un derecho de configuración legal que, en virtud de este último carácter, conllevaría un amplio grado de libertad de actuación del legislador a la hora de definir las condiciones y requisitos determinantes”.

<sup>315</sup>Vid., San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos...” cit., pág. 281 y ss., “El contrato de transacción se caracteriza por ser consensual, ya que se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes siempre que tengan capacidad suficiente para transigir, sin necesidad de formalidades externas especiales para su validez inter partes. Es bilateral, aunque no hace falta que las contraprestaciones sean de la misma intensidad, ni de la misma especie (unas pueden ser económicas y otras morales)”.

<sup>316</sup> “La forma del acuerdo de mediación y eficacia constitutiva de la forma escrita y no existirá acuerdo de mediación hasta que ese consentimiento haya quedado exteriorizado precisamente de esa manera. La forma escrita –y las ventajas que conlleva en términos de certidumbre, facilidad probatoria y seguridad jurídica– parece especialmente apropiada para el acuerdo de mediación como negocio por el que las partes ponen fin a una controversia y se comprometen a no “exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional” (SSTS 26 de abril de 1963 [R] 1963, 2418), 14 de diciembre de 1988 [R] 1988, 9442], 20 de abril y 30 de octubre de 1989 [R] 1989, 3244 y 6972], 4 de abril de 1991 [R] 1991, 2634] y 6 de noviembre de 1993 [R] 1993”.

Desde el punto de vista de la mediación intrajudicial como figura híbrida, tiende a su equiparación con la tutela judicial en materia de garantías procesales, principios y derechos <sup>317</sup>. Concretamente se sigue un iter procedimental que comienza por *una providencia instando a las partes a acudir a una sesión informativa, para lo cual concederá un plazo a fin de que aquellas muestren su aquiescencia cuando no se oponga la Administración demandada. Una vez acordada la derivación de la mediación y citadas las partes, podrá acordarse la suspensión del proceso, en principio por plazo de 60 días, aunque susceptible de prórroga con justa causa. Terminada la fase indicada —la de mediación— el mediador redactará el acta final de mediación, que determinará la conclusión del procedimiento, reflejando, de forma clara y comprensible, los acuerdos alcanzados o su finalización por cualquier otra causa, y deberá ir firmada por todas las partes, entregándose un ejemplar original a cada una de ellas. Recibida por el Juez el acta final de mediación, si no hay acuerdo, el proceso judicial se reanudará en la fase en que se encontrase* <sup>318</sup>.

En esta línea, mediante un servicio de mediación penal intrajudicial, la Comunidad Autónoma andaluza ha establecido un protocolo de derivación de asuntos por los órganos judiciales firmado con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con el respaldo de la Fiscalía.

---

<sup>317</sup> Vid., Carnicer Díaz, C, *El acceso a la justicia en España*, en Lecciones sobre justicia internacional (Dir. Gamarrá Chopó), 2009, pág. 233 y ss., “el artículo 24 CE es directamente invocable como derecho fundamental y contiene en sí mismo un conjunto de derechos para garantizar el acceso a la justicia, es también un derecho de configuración legal y por tanto debe ejercitarse conforme a los desarrollos legislativos establecidos por los representantes de la soberanía popular y según la doctrina emanada del TC, intérprete de la CE”.

<sup>318</sup> Vid., De la Torre Olid, “Derechos fundamentales y mediación...”, cit., “En materia de derechos fundamentales, con la mediación se corre el riesgo de dar un paso hacia adelante que suponga la caída al abismo. En términos de derechos fundamentales, podría decirse que la mediación es una alternativa válida a la tutela jurisdiccional únicamente si puede ofrecer una protección de los derechos equivalente a la procesal, ello por las siguientes razones...no se garantiza el derecho, sino que se obtiene un acuerdo sobre el uso que las partes deciden hacer del derecho, arbitrando soluciones de acuerdo con las circunstancias y posiciones de los titulares del derecho. Este planteamiento en materia de derechos fundamentales representa una duda radical sobre la aptitud de la mediación como técnica alternativa a la tutela jurisdiccional”.

Entre las garantías judiciales relativas a la ejecución requieren un seguimiento para conocer el grado de cumplimiento de los acuerdos firmados, así como la capacidad de adaptación a cambios e imprevistos, con la posibilidad de renegociar posibles problemas siempre dentro de los plazos establecidos <sup>319</sup> Al respecto, la STC 58/1983, de 28 de junio (FJ 2) admite la flexibilidad en la ejecución señalando “que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación” .

La dotación de ejecutividad al acuerdo de mediación contribuye a reforzar la eficacia de esta modalidad de tutela extrajudicial. Así la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2004) 718 final] prevé que los Estados miembros establezcan mecanismos que posibiliten que, a petición de las partes, el acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación pueda ser confirmado por una resolución, sentencia, o instrumento auténtico o de cualquier otra forma por un órgano jurisdiccional o entidad pública que haga ejecutivo el acuerdo, de manera similar a una resolución judicial en virtud del Derecho nacional, siempre que el acuerdo alcanzado no sea contrario al Ordenamiento jurídico –comunitario y nacional- (art. 5.1 Propuesta de Directiva) <sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup> Conforme a la STC 16/1986, de 31 de enero (FJ 3): «Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 de la C.E., cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada”.

<sup>320</sup> El art. 6.1 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, a tenor del cual, los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación y siempre que éste no sea contrario al Derecho del Estado donde se formule la solicitud o cuando la legislación de este no contemple su carácter ejecutivo.

En la actualidad, el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, regula el acuerdo vinculante confidencial que puede ser aceptado o rechazado y en este último caso ejercitar la acción judicial correspondiente.

Sin embargo, la fuerza ejecutiva de la mediación por acuerdo entre las partes prevista en el Derecho comunitario plantea su acomodo en el campo de los derechos fundamentales <sup>321</sup>. La existencia de un título ejecutivo en materia de derechos fundamentales tropieza con la indisponibilidad de los mismos, si bien podría contrarrestarse mediante un control de constitucionalidad del acuerdo de mediación basado en la razonabilidad, proporcionalidad y su adecuación al orden constitucional <sup>322</sup>. En particular por la imposibilidad del órgano judicial competente en la ejecución de laudos arbitrales y acuerdos de mediación de *realizar una actuación sin control de los requisitos procesales*, y

---

<sup>321</sup> «Los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole» (Considerando 19 de la Directiva 2008/52).

<sup>322</sup> En esta línea, en la STC 11/2008, de 21 de enero (FJ 6), se declara que: «el alcance del control a efectuar por parte de este Tribunal del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) no es ilimitado, pues también hemos advertido que a los órganos judiciales corresponde, en el ejercicio de la función jurisdiccional que constitucionalmente les resulta conferida, la interpretación de los términos del fallo y la del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada, así como la decisión de si aquél ha sido ejecutado o no correctamente y la adopción de las medidas oportunas para asegurar (cuando así resulte procedente) su ejecución, apreciaciones todas ellas que únicamente resultan revisables en sede constitucional cuando han incurrido en incongruencia, arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado...Lo que nos corresponde es garantizar que, en aras precisamente de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error (SSTC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; STC 96/2005, de 18 de abril, FJ 5, entre otras)».

*entrar a valorar el contenido del acuerdo, que ha sido refrendado por la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo según el artículo 26 de la Ley 5/2012 de 6 de julio.*

En esta línea, Martín Diz advierte que “parece arriesgado dotar al acuerdo de mediación, sobre la base de las mismas razones aludidas en el párrafo anterior respecto a la recomendable homologación del mismo, de ejecutividad directa. Por esas mismas razones, nuevamente, lo más prudente es que previamente haya pasado una homologación y tras ella, Su situación de partida ante la mediación es de clara inferioridad ante el agresor. No olvidemos que la mediación es una forma de resolución de conflictos en que prima lo “personal”, incluso por encima de lo estrictamente jurídico”.

Ahora bien, la mediación como título ejecutivo garantiza que las partes no tengan que instar el cumplimiento forzoso y recurrir finalmente en la vía judicial. La ejecución forzosa constituye un espacio propicio para la mediación en los supuestos de imposibilidad material o natural, sobrevenida como también de resistencia de alguna parte a cumplir una prestación de hacer, reemplazando a la ejecución genérica o sustitutiva de la autoridad judicial <sup>323</sup>. La conflictividad de la fase ejecutiva puede amortiguarse mediante el recurso a la mediación, sin dilaciones y acomodándose a las pretensiones de los intervinientes. El acuerdo de mediación puede dotarse de garantías como la

---

<sup>323</sup> En la STC 153/1992, de 19 de octubre (FJ 4) se dispone: «Cabe añadir que ese derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Ahora bien, esa imposibilidad de dar cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las Sentencias condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece, pues, en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían convertidas en meras declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido una Sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener dicho pronunciamiento».

fuerza ejecutiva y de cosa juzgada a instancia de las partes, solicitando al juez que transforme el acuerdo en una decisión judicial y su homologación con una sentencia <sup>324</sup>. La transacción extrajudicial adquiere pues, una “virtualidad idéntica a la de cosa juzgada material, al vincular al órgano jurisdiccional tanto en el aspecto negativo... de impedir una nueva decisión sobre el fondo, como en el positivo de condicionar la decisión a lo convenido en la transacción”.

En suma, las garantías de la mediación no pueden coincidir con las previstas en el proceso judicial por basarse en la simplificación y agilización de los trámites para alcanzar una solución efectiva <sup>325</sup>. Pero la mediación como referente de justicia informal también excluye la aplicación de las garantías típicas constitucionales <sup>326</sup>. Así resulta de la STC 9/2005 considerando que *“conforme a nuestra reiterada jurisprudencia el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo ya que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado”*. Por tanto, sólo serán recurribles en amparo cuando *«las supuestas*

---

<sup>324</sup> «Corolario de lo dicho es que la actividad jurisdiccional dirigida a esa finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficientes para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992). En tal sentido, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella, aunque sea mismo que dictó la Sentencia, se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para conseguirlo (SSTC 306/1993 y 322/1994).

<sup>325</sup> La Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial, que el Consejo General del Poder Judicial, en la redacción aquí considerada, aprobó el 7 de noviembre de 2016, para comprobar la posibilidad de que, incluso en su estado actual, los tribunales y las partes involucradas en un conflicto civil, mercantil, laboral o administrativo, puedan derivarlo a mediación. Los protocolos a seguir para hacerlo que se contienen en la referida Guía, son más que suficientes para que la mediación intrajudicial, como complementaria a la tutela judicial efectiva e incorporada a ella, pueda ser una de las medidas preferentes para evitar el embolsamiento y demora de los procesos judiciales, singularmente, en cuanto ahora importa, a los afectantes al orden contencioso-administrativo.

<sup>326</sup> Considera Masucci, “El procedimiento de mediación...”, cit., que “posibilitan tener especialmente en cuenta las «prioridades» de las partes, en un modelo de solución de la disputa que se basa en el «esquema» de la norma a aplicar. Facilitan la percepción de los intereses concretos que pueden estar detrás de las situaciones jurídicas de las partes”.

*vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo y estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva”.*

Sobre la jurisprudencia constitucional en materia de mediación Morales, G., señala que se ha pronunciado respecto a las siguientes garantías: “el derecho de acceso a la jurisdicción, el órgano que dirige la mediación sea creado previamente en la ley y tenga competencias ex lege, derecho a un procedimiento de mediación fundado en derecho que observará la voluntad de los/las intervinientes y la congruencia legal, derecho a la nulidad del procedimiento o al acuerdo de mediación, derecho a la ejecución de los acuerdos logrados en mediación, derecho a la inmodificabilidad del acuerdo logrado en mediación, derecho a no sufrir indefensión en la mediación, aplicación de los principios de mediación, deberes y régimen sancionador con garantías.

Desde una perspectiva constitucional, la compatibilidad entre la mediación y el derecho fundamental del artículo 24 CE resulta viable garantizando a sus titulares una serie de principios, derechos, acuerdos y ejecución con ciertas adaptaciones. En especial, la asistencia letrada que puede reemplazarse por un asesoramiento previo a los interesados sobre los efectos de la mediación y el principio de congruencia con las peticiones y necesidades de las partes en la tutela extrajudicial. La STS de 25 octubre 1982 (RJ 1982, 5573) dispone que no se pueden “traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permita una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada...”.

De igual modo los principios constitucionales de proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad, deben ser objeto de traslación a la mediación de los derechos fundamentales para constitucionalizar este sistema alternativo a la justicia tradicional. En este sentido, la homologación, aprobación o ratificación judicial y el seguimiento ulterior por el juez competente elimina el riesgo de acuerdos transaccionales ilícitos mediante la verificación de las condiciones legales y la proporcionalidad de las concesiones recíprocas <sup>327</sup>. El mediador debe “vigilar, cuando de la reparación de eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial se trate, que ésta no sea debida a una decisión arbitraria ni irrazonable, ni tenga su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de ese derecho (SSTC 125/1987, fundamento jurídico 2º; 167/1987, fundamento jurídico 3º; 148/1989, fundamento jurídico 3º; 153/1992, fundamento jurídico 4º)” <sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> Vid., STC de Perú de 11 de julio de 2013, “En tal sentido, la aprobación u homologación de una transacción extrajudicial importa un juicio o control judicial de su contenido, lo cual implica verificar las condiciones que la ley exige, así como los efectos que dicho acuerdo tendría con relación a la satisfacción de las pretensiones que se han planteado en el proceso. De ahí que incluso la citada norma le otorgue al juez un margen amplio de evaluación respecto a que dichos acuerdos no afecten el orden público o las buenas costumbres”.

<sup>328</sup> Vid., la STC 15/1986, de 31 de enero (FJ 3): «No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la «santidad de la cosa juzgada» en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente debilitada; lo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribiera es que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes no queden sin efecto. Como indicamos en la Sentencia 67/1984, de 7 de junio, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 de la C.E.) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, «revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad», sea ésta sustantiva o meramente objetiva». La STC 86/2005, de 18 de abril (FJ 2): «De ahí que, en estos casos, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, al constituir un presupuesto lógico del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, se integre en este derecho fundamental (SSTC 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 116/2003, de 16 de junio, FJ 3)».

No obstante, la mediación como referente de justicia informal excluye la aplicación de las garantías típicas constitucionales como reconoce la STC 9/2005 manifestando que *“conforme a nuestra reiterada jurisprudencia el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo ya que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado”*. Por tanto, sólo serán recurribles en amparo cuando *«las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo y estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva»*.

a) En la jurisdicción social

En los conflictos laborales la conciliación constituye una solución alternativa a la vía judicial “compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva porque, ni excluye el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, al suponer simplemente un aplazamiento de la intervención judicial, ni se trata de un **trámite desproporcionado o injustificado**, al procurar una solución extraprocesal de la controversia que beneficia tanto a las partes como al sistema judicial” <sup>329</sup>.

Sin embargo, la jurisdicción constitucional excluye de la conciliación a los derechos fundamentales admitiendo que “la no utilización de este procedimiento extrajudicial deviene del hecho de que en dichos procesos se

---

<sup>329</sup> La doctrina del TC sostiene la compatibilidad de la mediación con la reserva de jurisdicción prevista para el juez estatal en el artículo 117 de la Constitución al declarar la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre que cita en su texto, por todas, la STC 60/1989 y 162/1989). También la STC 81/1992 consideró la no obligatoriedad de acudir al trámite de la conciliación previa ante el IMAC o ante cualquier otra autoridad administrativa como presupuesto procesal de la admisión de una demanda laboral cuyo objeto lo constituyera la solicitud de restablecimiento de un derecho fundamental vulnerado.

trata de solventar una controversia que afecta a las normas en las que aquellos derechos se encuentran establecidos. Al ser dichas normas constitucionales preceptos de orden público y al estarles vedadas a las partes la posibilidad de disponer a través de la conciliación, de los derechos o intereses que estén en juego en aquellos procesos en los que aquel interés esté comprometido, tampoco podrá ser utilizado como medio compositivo cuando se vulneren derechos fundamentales” (STC 81/92). La doctrina del Tribunal Constitucional resulta contraria a la disposición de derechos fundamentales mediante la conciliación “al ser éste un procedimiento autónomo caracterizado por el hecho de que las partes en conflicto pueden optar por permitir la vulneración de sus derechos a cambio de la satisfacción de otras pretensiones<sup>330 331</sup>.

Ahora bien, la conciliación previa laboral se ha normalizado como instrumento para evitar las consecuencias negativas del proceso judicial y la lesividad del derecho fundamental a tutela judicial efectiva derivada de dilaciones indebidas y la insatisfacción de su titular <sup>332</sup>. La incardinación de la tutela extrajudicial en el proceso laboral como trámite previo implica la

---

<sup>330</sup>Vid., Conforti, O., “Tutela Judicial Efectiva...”, cit., “El debate sobre la mediación como complemento del proceso judicial supone, para quienes sostienen esta postura, transmitir una visión extremadamente pesimista del Derecho de forma tal que parezca natural y plenamente “justificada” la inclusión de la mediación en el proceso judicial como forma de “salvar” la situación de saturación en la que se encuentran Juzgados y Tribunales y dar con ello partida de nacimiento a una nueva forma de Justicia”.

<sup>331</sup> Véase la STC 32/1986 de 21 de febrero: “El derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la jurisdicción, puede someterse como reiteradamente ha venido señalando este Tribunal, a ciertas limitaciones teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y las finalidades que justifican su existencia. Ahora bien, tales condicionamientos o restricciones habrán de venir fijados por Ley y habrán de respetar el contenido esencial del derecho fundamental constitucionalizado”.

<sup>332</sup> Para la STC 4/1988 “si ello no acarrea la pérdida o extinción del derecho mismo cuya tutela se pretende o de su posible ejercicio y defensa posterior, y si ello no supone una indebida o irrazonable dilación de la posibilidad de instar y obtener resolución judicial sobre la pretensión correspondiente”.

concesión de una oportunidad para eludir la vía judicial <sup>333</sup>. El Tribunal Constitucional ha flexibilizado su exigencia “teniendo en cuenta la mutación conceptual que el legislador ha atribuido a este método autocompositivo, derogando el carácter de presupuesto procesal que se le atribuía y transformándolo en un acto “intraprocesal” en buena parte de los procesos laborales”. El ejercicio de esta opción repercute en el derecho fundamental del artículo 24 CE por actuar como renuncia voluntaria al derecho a tutela judicial efectiva, siquiera sea provisional y no definitiva <sup>334</sup>.

En concreto, la disposición o renuncia de la tutela judicial efectiva por su titular implica simultáneamente la de otros derechos fundamentales, como admite la STC 10/2001 “al encontrarse en juego, no sólo el derecho de tutela judicial efectiva, sino la posibilidad de que ello produzca un **efecto reflejo sobre la reparación del derecho fundamental** cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial” <sup>335</sup>.

Esta solución extrajudicial afecta a otros derechos fundamentales como la igualdad y discriminación mediante su aplicación al acoso laboral, conciliación de vida laboral y familiar, vacaciones, permisos, excedencias, reducciones de jornada. Al respecto, las SSTC 58/1985, de 30 de abril y 217/1991, de 11 de noviembre, admiten que “del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general

---

<sup>333</sup> En la STC 306/1993, de 25 de octubre, en la que se establece que “tal conciliación no puede entenderse (...) como una especie de “trampa procesal” que les impide (a las partes) de hecho satisfacer sus pretensiones”.

<sup>334</sup> El SERCLA gestiona conflictos en las provincias de la Comunidad Autónoma Andaluza. Trata esencialmente los dos tipos de conflictos fundamentales que pueden surgir entre los agentes económicos y sociales: conflictos jurídicos y conflictos de intereses. Los conflictos jurídicos son aquellos que se refieren a la aplicación e interpretación de una norma previamente establecida. Existe un conflicto jurídico cuando se produce la queja de la violación de un acuerdo colectivo o de las normas del trabajo.

<sup>335</sup> El Tribunal Constitucional determinó que se había producido una violación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva por cuanto la actora fue impedida para cumplir el requisito de la subsanación de la demanda, a pesar de que no era necesario llevar a cabo la conciliación previa al encontrarse en juego la violación de un derecho fundamental”.

sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales”.

La dimensión laboral de los derechos fundamentales se manifiesta especialmente en el ámbito de la eficacia *inter partes* como los convenios colectivos y acuerdos entre trabajadores y empresarios. La colisión entre los derechos a tutela judicial efectiva y a la negociación colectiva del artículo 37 CE *se produce cuando son los interlocutores sociales los que, en uso del derecho que el ordenamiento constitucional les ha conferido respecto de la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, como puede ser el del acceso al proceso, instituyen medios autónomos de solución de conflictos a los que se confiere el conocimiento previo de todo conflicto laboral”.*

La autonomía privada del trabajador en relación a sus derechos laborales se encuentra restringida por las leyes y convenios colectivos, afectando a las posibles transacciones y acuerdos *inter partes* para la resolución de los conflictos<sup>336</sup>. Su posición como parte débil de la relación laboral y el riesgo de renuncia a sus derechos en la mediación puede generar reticencias a esta modalidad de tutela extrajudicial <sup>337</sup>. Sin embargo, presenta indudables ventajas entre las que destacan la posibilidad de llegar a acuerdo durante las diversas fases del procedimiento, la amortiguación de la conflictividad y operatividad como garantía de indemnidad. Aunque su imposición como obligación previa de conciliar

---

<sup>336</sup> El propio artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores habla de la irrenunciabilidad de los derechos favorables por parte del trabajador: “Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”.

<sup>337</sup> Para Barona Villar, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a la Justicia: Luces y sombras en Europa”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2014, “la mediación exige una limitada regulación, muy flexible. Así, salvando algunas reglas fundamentales que implican garantías (confidencialidad, trato equitativo—igualdad—de las partes en este procedimiento, posible fijación de un plazo máximo de duración del procedimiento) parece recomendable jugar con la idea de la flexibilidad en la conformación del procedimiento, en atención a la materia, las personas (pueden ser plurales, personas físicas y/o jurídicas, etc.), al número de mediadores, a la gravedad o entidad del conflicto, etc.”

plantea dudas por afectar al ejercicio del derecho a la tutela judicial, lesionando el subderecho al proceso entre otras facultades. En particular, el trámite conciliatorio en la libertad sindical puede menoscabar las garantías de preferencia y sumariedad si no se alcanza un acuerdo previo con el titular del derecho fundamental.

Frente a estas objeciones cabe señalar que “cumple con una finalidad razonable como es la de fomentar la solución autónoma de los conflictos, como medio que contribuye a su vez, al desarrollo de la autonomía de los sujetos colectivos”<sup>338</sup>. En la práctica además se ha iniciado una tendencia a desarrollar la tutela extrajudicial mediante protocolos que prevén la mediación intrajudicial en los Juzgados de lo social, como instrumento de solución de conflictos en materias manifiestamente vinculadas con los derechos fundamentales (v.gr. la conciliación de la vida laboral y familiar o el acoso).

b) En el ámbito administrativo. A través del Defensor del Pueblo.

La insatisfacción de los ciudadanos con la jurisdicción contenciosa como instrumento de reparación de los daños ocasionados por actos y actuaciones contrarios a Derecho de las Administraciones Públicas, ha llevado a que se exploren otros cauces alternativos al proceso judicial.

Como precedente, el artículo 88.1 de la LRJPAC reconocía la posibilidad de que la Administración celebrase acuerdos, pactos, convenios o contratos tanto con personas de Derecho público como privado. En particular, las leyes podían sustituir a los recursos de alzada y reposición “*en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique*”, por otros procedimientos como la mediación, la conciliación y el arbitraje

---

<sup>338</sup> El artículo 52.1 CDFUE dispone que «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

(107.2 de la LRJPAC). Esta disposición podía considerarse habilitante de la tutela extrajudicial sustitutiva del recurso administrativo <sup>339</sup>.

En el año 2001 se elaboró un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo que finalmente no fue aprobado y trataba de incorporar una *“vía extrajudicial de solución de conflictos, alternativa a los recursos administrativos y contencioso-administrativos, basada en la intervención de terceros revestidos de facultades dirimentes”*, atribuyendo carácter de cosa juzgada al laudo arbitral. El Consejo de Estado planteaba en el dictamen sobre Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que *“la eventual regulación de la mediación en la esfera administrativa fuera objeto de una iniciativa normativa distinta de la norma que regule la mediación en los asuntos civiles y mercantiles.*

De otra parte, el Protocolo de Mediación Contencioso-Administrativa incluido en la Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial de 2016, CGPJ, enunciaba *con mero carácter orientativo e ilustrativo y sin ánimo de exhaustividad, las materias y supuestos que pudieran ser susceptibles de mediación, distinguiendo entre el ámbito meramente formal, las materias concernidas, el ámbito material y la tipología de asuntos que podrían ser derivados a mediación, sin constituir una lista cerrada.*

Con posterioridad la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017 basada en las apreciaciones del Informe de la Comisión de 26 de agosto de 2016, admitió la aplicación de la mediación a la solución de cuestiones pertenecientes al ámbito de las relaciones de la Administración con los ciudadanos.

---

<sup>339</sup> Por su parte, la Exposición de Motivos de la LJCA admitía *“la posibilidad de que el control de la legalidad de las actividades administrativas se efectúe por otras vías complementarias de la judicial, para evitar la proliferación de recursos innecesarios y ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de los numerosos conflictos”*. En concreto, el artículo 77 LJCA señalaba *“la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia”*, en los procedimientos de primera o única instancia.

Ahora bien, para la puesta en funcionamiento un sistema extrajudicial en la esfera administrativa se requiere la concreción de su régimen jurídico y naturaleza, el ámbito formal y material en el que puede desplegar su efectividad, la disponibilidad de las partes para convenir o pactar, la capacidad y legitimación del titular de la competencia para mediar o concluir procedimientos de mediación (Carretero Morales),

La mediación encuentra especial acomodo en los espacios de discrecionalidad administrativa para alcanzar acuerdos con particulares y puede impulsarse a través de las nuevas tecnologías <sup>340</sup>. En particular resulta viable en los conflictos jurídicos de baja intensidad y cuantía para evitar la saturación de juicios contencioso-administrativos y mejorar el funcionamiento de la administración de justicia. La presunción de validez de los actos administrativos no impide que “surja una razonable controversia jurídica que ante la expectativa de un más o menos largo proceso judicial de resultado incierto, a la vista del interés público y al amparo de la Ley, aconsejen a la Administración una rápida y eficaz solución por medio de recíprocas concesiones”.

Entre los beneficios de la tutela administrativa extrajudicial cabe señalar la reducción de costes económicos en favor de los ciudadanos y la Administración sin riesgo de costas procesales para ambas partes <sup>341</sup>. También

---

<sup>340</sup> Para Sanz Parrilla, M., “El uso de los medios electrónicos en la mediación”, En Sotelo, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid: Tecnos, 2011, “el uso de los medios electrónicos en la mediación”, podemos citar los de escasa cuantía, los conflictos transfronterizos, en cuanto que supone un ahorro de costes y elimina o reduce las barreras espaciales, los que tengan su origen en internet o cuando el encuentro personal de las partes pueda resultar contraproducente, entre otros. Pero la mediación *on line* no será aconsejable, así cuando la cuestión a debatir sea extremadamente compleja, el número de sujetos intervinientes sea muy amplio o en el caso de las partes no estén familiarizadas con las TICs”.

<sup>341</sup> Vid., Espluges Barona, “Algunas reflexiones sobre el modelo francés y el norteamericano de arbitraje como cauces de resolución de conflictos administrativos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 50, 2019, “los procedimientos administrativos *“se han convertido en*

aporta neutralidad a la fase administrativa atribuyendo la resolución de conflicto a un órgano o comisión independiente y sin relación jerárquica con el órgano que ha dictado la resolución y se evitan intromisiones en su función. De este modo podría contrarrestarse la desestimación excesiva de recursos administrativos debido a que no intervienen técnicos y se resuelven por la misma instancia administrativa que adopta el acto recurrido.

La mediación tiende a un equilibrio entre la Administración y los ciudadanos desconflictivizando estas relaciones para evitar la vía contencioso-administrativa mediante concesiones recíprocas. No obstante, las particularidades del proceso administrativo complican la configuración de un derecho a tutela extrajudicial por la posición privilegiada de la Administración y la desigualdad entre las partes intervinientes. Por esta razón, la mediación habría de realizarse con “asistencia letrada de los ciudadanos equilibrándose la posición de inferioridad que éste percibe” y defender “los intereses generales para impedir el reconocimiento por esta vía de derechos o situaciones jurídicas individualizadas que supongan un trato más favorable o una preferencia respecto de estos” (De la Torre). Sin perjuicio de su aplicabilidad a la fase administrativa y contencioso-administrativa mediante la traslación o adaptación de las garantías de este proceso.

Por último, señalar que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia excluye de la solución de controversias en vía no jurisdiccional mediante actividad negociadora, los asuntos en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público en cualquier orden jurisdiccional. La razón estriba no en la prohibición de acuerdos extrajudiciales en el ámbito administrativo sino en que conforme al artículo 3 de este texto, las disposiciones de este título sobre medios adecuados de solución de

---

*procedimientos muy formalistas, costosos y largos que conllevan innecesarias pérdidas de tiempo y con una escasa de probabilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes”. La Ley obliga a las agencias a promover políticas que conlleven el recurso a medios alternativos de resolución de conflictos”.*

controversias son exclusivamente de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles. En definitiva, si la pretensión del legislador hubiera sido excluir la mediación entre ciudadanos y la Administración sobre derechos fundamentales, habría recurrido a las previsiones de esta Ley Orgánica.

Por otra parte, la figura del Defensor del Pueblo interviene como mediador en los conflictos entre la Administración y los ciudadanos respecto a los derechos administrativos y fundamentales<sup>342</sup>. Su función justifica el recurso a la tutela extrajudicial al procurar «a la ciudadanía y a las Administraciones Públicas un espacio seguro para dialogar y para mantener su protagonismo en la búsqueda de soluciones, por lo que se fortalece la participación y la implicación de la persona o personas afectadas, y se favorece el acuerdo en aquellas quejas que reúnen las condiciones adecuadas».

Los ciudadanos como titulares de derechos fundamentales confían al Defensor del Pueblo su protección extrajudicial en base a la legitimidad que les confiere la autonomía privada. A partir de entonces la mediación se realiza no sólo atendiendo a la legalidad sino a la justicia material y la equidad en un espacio al margen del *strictum iuris* administrativo. Las negociaciones del Defensor del Pueblo con la Administración se verifican al amparo de la discrecionalidad administrativa y sin la prerrogativa de su *imperium*, procurando un equilibrio entre ambas partes superior a la vía judicial y una respuesta individualizada al caso concreto. La mediación en el ámbito de los derechos fundamentales y humanos deriva de su actuación en materias como la tutela judicial, inmigración y menores.

---

<sup>342</sup> “En los Informes anuales del Defensor del Pueblo, “las tres cuartas partes de las quejas tramitadas por esta institución se refieren al ámbito de los Principios Rectores y sólo el resto a los llamados derechos fundamentales. Los problemas con los que se encuentra el Defensor del Pueblo en este campo no consisten únicamente en la no colaboración por parte de los poderes públicos para que cumplan y respeten estos derechos, sino en la carencia de medios económicos por parte de estos poderes del Estado para hacer efectivos dichos Principios”.

- c) En la esfera penal y de violencia de género: maltrato filioparental y bullying

La Recomendación del Comité de Ministros UE prevé el impulso de métodos adecuados para la mediación considerándose “como un proceso mediante el cual la víctima e infractor adultos, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial: el mediador” (15 de Septiembre de 2004).

En el marco punitivo, también el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), ha instado a sus Estados miembros a que “un porcentaje importante de controversias y ofensas menores con relevancia penal pueden ser resueltas, en casos apropiados, a través de la mediación y otros mecanismos de Justicia restauradora. En especial, por aquellos procedimientos que, bajo la supervisión de una autoridad judicial u otra competente, faciliten el encuentro entre el agresor y la víctima, la compensación de los daños sufridos o la realización de servicios en favor de la Comunidad”.

El Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el CGPJ establece que “en la mediación penal, víctima e infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial...se posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas, propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida”.

Sin embargo, la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia afirma que “en ningún caso podrán aplicarse dichos medios de solución de controversias, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Esta disposición regula la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal en delitos de violencia contra la mujer, esposa o ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia y delitos contra las relaciones familiares.

En principio, la gravedad de los delitos que lesionan derechos fundamentales y la respuesta penal como última ratio del Derecho plantean el recurso excluyente a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la apertura de la disciplina penal a otras formas de solución extrajudicial debe influir necesariamente en la admisibilidad de la mediación sobre derechos fundamentales en base a la ausencia de prohibición legal y constitucional <sup>343</sup>.

El reconocimiento de la mediación penal se basa en los beneficios asociados a la inferior reincidencia y la superior eficacia en la modificación de conductas criminales comparativamente respecto de los procedimientos judiciales. La promoción de este tipo de mecanismos alternativos o complementarios repercute en la reducción del alto nivel de litigiosidad y sobrecarga de asuntos judiciales, contribuyendo así a mejorar la efectividad de la administración de justicia.

Aunque en el ámbito punitivo las cautelas y precauciones deben reforzarse atendiendo a la gravedad del delito, daño, la vulneración de derechos fundamentales, la capacidad y voluntad de la víctima y el desequilibrio de poder con el agresor. En particular, la mediación penal no puede determinar la privación ni restricciones del derecho fundamental a tutela judicial efectiva de la víctima. Las garantías del proceso penal extrapolables a la mediación contribuyen a reforzar la protección de la víctima, como resulta especialmente de la homologación judicial del acuerdo expuesta con anterioridad.

Por último, el Estado no puede perder este tipo de control a menos que privatice la justicia penal, y ello no supondría un elemento de evolución y

---

<sup>343</sup> A propósito, vid., Molina Caballero, “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 17-24, 2015, “La paradoja que podemos encontrar en este caso es quizás la más llamativa: en un ordenamiento donde no está regulada la mediación penal en el proceso penal de adultos, ¿cómo es posible que se prohíba? Si bien es cierto que la mediación penal hoy por hoy no está recogida ni en la LECrim, ni en ninguna otra norma reguladora del sistema penal de adultos, el debut de la misma en nuestro ordenamiento es prácticamente inminente”.

mejora de la justicia, sino una involución y pérdida del sentido de la noción de Estado de Derecho.

A nivel internacional el Convenio de Estambul (artículo 48) dispone la “prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas” y el Manual de Legislación sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, Nueva York (2010) recomienda “prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales”, admitiendo que “en las leyes de varios países en materia de violencia contra la mujer, la mediación se fomenta u ofrece como alternativa a la vía penal y los procesos de derecho de familia”.

En el marco nacional, el artículo 40 Ley 15/2022, de 12 de julio, regula la mediación o conciliación por la autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación, con carácter vinculante para las partes y en sustitución del recurso de alzada y reposición (artículo 40), salvo en el caso de infracciones penales. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia excluye expresamente “los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Por lo que en asuntos de violencia sobre la mujer siguen se sigue la línea de LO 10/2022, de 6 de septiembre que modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito señalando que “en todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género” (artículo 3) y limita la justicia restaurativa a lo casos no prohibidos por ley para el delito cometido. Entre las razones, el preámbulo de la referida ley señala “la desigualdad moral que existe entre víctima y victimario, lo que supone reconocer explícitamente que no concurriría o lo haría difícilmente uno de los presupuestos básicos de toda mediación”. Previamente la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004) vetó la mediación en cualquier tipo en casos de violencia contra la mujer».

Sin embargo, la mediación es sólo una modalidad de justicia o procesos restaurativos considerando que puede haber otros tipos que no exigen un encuentro con la víctima conforme a lo dispuesto por la Directiva 2012/29 UE de protección a las víctimas y el Estatuto de la víctima reconociendo el derecho a un espacio restaurativo.

Paralelamente el fracaso actual de la legislación de violencia de género debido al incremento de cifras de mujeres maltratadas justifica la exploración de otras vías alternativas extrajudiciales como prevención en supuestos de escasa gravedad. La aplicación analógica de la justicia restaurativa a la violencia de género se fundamenta en su práctica exitosa en delitos con las víctimas o víctimas sustitutorias o miembros de asociaciones vinculadas a colectivos vulnerables que logran la responsabilización, reconocimiento del daño y el perdón. Según la Magistrada C. Guil sería factible la mediación y debería ser un derecho de las víctimas *cuando la violencia haya sido puntual, la mujer pueda defender sus intereses, se encuentre fuera del círculo de coacción de su maltratador y pueda defender sus intereses, con mediadores profesionales que velan por la igualdad y libertad.*

Con carácter general, entre las ventajas de la mediación en el ámbito familiar según Pérez Jaraba destaca la reducción del nivel de tensión entre las partes y su capacitación para resolver por sí mismos sus posibles diferencias futuras". Debiendo aplicarse "en aquellos casos de violencia de género menos graves, como instrumento facilitador de acuerdos... siempre desde el respeto a los derechos fundamentales y la idea del pacto y del libre acuerdo entre las partes, se observen con determinadas garantías"<sup>344</sup>.

---

<sup>344</sup> La LO 1/2004, de 2 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género *prohíbe expresamente la mediación en su artículo 44, cláusula que se incluye en el Art. 87 ter 4 LOPJ, cuando exista violencia. Sin embargo, esta prohibición habría de interpretarse de acuerdo a la propia Ley. Así, decimos que primero habrá de verse el grado de violencia en el que se prohíbe la mediación, ya que la escala es amplísima, y en segundo lugar habrá de dejar vía libre a la utilización del*

En contra de la mediación se argumenta la discutible capacidad de las víctimas por la dependencia y sumisión al agresor y también que *subvierte los derechos legales y las protecciones jurídicas que el sistema judicial le ofrece a la mujer*. Al respecto, la posición debilitada de las madres reacias a denunciar la violencia intrafamiliar de los hijos y a su autoculpabilidad, obstaculiza una negociación equilibrada en el acuerdo de mediación.

Para la Fiscalía las víctimas de violencia de género están en desequilibrio con el agresor y en los acuerdos mutuos suele renunciarse a pensiones compensatorias, pensiones alimenticias en favor de los hijos, al pago de la parte alícuota de hipoteca, aceptan regímenes de visitas que no hubieran aceptado si se hubiera demostrado el daño a los hijos, sin atender al interés superior del menor.

Desde un prisma subjetivo, la tutela judicial no siempre se adapta a las necesidades de las víctimas de violencia de género, mientras que la tutela extrajudicial puede resultar más versátil acomodándose a las circunstancias personales, individuales y familiares de las mujeres. Al margen de la revictimización que suele provocar el recurso a la tutela judicial y el proceso de violencia de género causando a las mujeres un daño psicológico evitable. Paralelamente la conflictividad no aparece limitada a la relación entre víctima y agresor puesto que afecta a terceros (hijos y convivientes) poniendo en riesgo sus derechos fundamentales. Así el interés del menor puede justificar el derecho a una solución extrajudicial aplicable al régimen de visitas y régimen de custodia, en vez de potenciar el incremento de la conflictividad derivado de una tutela judicializada.

No obstante, debe resaltarse la posición del CGPJ en el informe previo a la Ley 1/2004, de 21 de marzo de 2001, considerando *deseable la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación*, “en determinados supuestos de violencia doméstica de escasa gravedad en los que

---

*proceso de mediación cuando los especialistas lo aconsejen y sea llevada a cabo por ellos o en la fase de cumplimiento de la pena, cuando la víctima ejercite su derecho a participar en el mismo*<sup>344</sup>.

las circunstancias personales, familiares y sociales permitiesen y aconsejasen el mantenimiento de la relación familiar”. En esta línea, la desjudicialización de las relaciones familiares conforme a las circunstancias de cada caso puede argumentar la mediación en los maltratos de género de baja intensidad y episodios aislados sin riesgo para las víctimas. Como también la neutralización de las consecuencias negativas para las víctimas mediante la intervención de la Fiscalía y la homologación judicial del acuerdo basado en la autonomía privada para depurar los efectos adversos por violencia sobre las mujeres.

Recientemente la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (artículo 4.2), dispone “no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”. Sin embargo, este texto sólo exceptúa la tutela judicial civil de derechos fundamentales en el artículo 5.2 no excluyendo la vía extrajudicial para las vulneraciones penales de derechos fundamentales.

En consecuencia, resulta incongruente que no pueda recurrirse a mecanismos extrajudiciales para la protección civil de los derechos fundamentales mientras pueden operar en el ámbito penal siendo de superior gravedad. Al margen de la permisividad de acuerdos con el beneplácito de la Fiscalía en supuestos de maltrato y agresiones sexuales a mujeres con renuncia a derechos como pensiones compensatorias y de hijos, en perjuicio de la víctima incluso a efectos del pago de hipoteca, régimen de visitas o sin indemnización de los daños morales. La privación absoluta a las mujeres de un derecho a la mediación en violencia de género resulta cuestionable si se adoptan las garantías necesarias y adecuadas para impedir abusos, presiones, desequilibrios o la renuncia de derechos como pueden ser la intervención del juez, Fiscal, mediador profesional y psicólogos, o su homologación judicial posterior.

Como conclusión, la prohibición legal de la mediación en cualquier supuesto de violencia de género sin atender a la gravedad y en relación a otros delitos, relega el consentimiento de la víctima aun cuando fuese debidamente informada respecto de los resultados. Por lo que los efectos son

contraproducentes al negar a las víctimas una solución no judicializada, con el peligro de desincentivar las denuncias por maltrato o favorecer el desistimiento del procedimiento iniciado forzando a la clandestinidad de los hechos.

Por otra parte, mientras se mantiene una posición penal restrictiva sobre mediación en violencia de género, los poderes públicos promueven su aplicación a otras modalidades de maltrato de mujeres y niñas. A propósito, la Fiscalía de Menores reconoce que “la L.O 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores parece no tener correspondencia con la actual L.O.1/04 Ley Integral de Violencia de Género que prohíbe la mediación en situaciones de violencia a la mujer. No obstante, es un mecanismo que se utiliza en los procesos a menores, incluidos los de violencia a la mujer, que corresponden a tal L.O. en aplicación del art 51, 3 de la referida L.O 5/2000. Por lo que sería conveniente armonizar la legislación de violencia de género en materia de menores de edad infractores en supuestos de violencia de género de tal forma que el espíritu de ambas leyes no resulte contradictorio”.

En principio, este trato desigual de víctimas de maltrato a efectos de tutela extrajudicial cuestiona la dudosa constitucionalidad de la prohibición de mediación en los casos de violencia de género (artículo 87 ter ap 5 LOPJ) mientras se permite en el maltrato filio-parental y bullying <sup>345</sup>.

En particular, las madres maltratadas pueden ser sometidas a técnicas de mediación incluso primando el interés de los hijos sobre el de las propias víctimas <sup>346</sup>. Así resulta del artículo 19.2 LO 10/2022, de responsabilidad penal

---

<sup>345</sup> Al respecto, vid., González Ramírez/Fuentealba Martínez, “El aporte de mediación Penal...”, cit., que “restringen la procedencia de la mediación familiar y penal, en materia de violencia intra-familiar, sin perjuicio de que en la práctica ésta actúa en la sombra, fuera del marco de la ley y sin una normativa que resguarde de manera eficiente los importantes bienes jurídicos en riesgo, por la urgente necesidad de resolver de una forma no punitiva estos conflictos”.

<sup>346</sup> Vid., Alonso Salgado, “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación”, <https://minerva.usc.es › xmlui › bitstream › handle> señalando entre los argumentos a favor de la

de menores (artículo 19.2) estableciendo que «se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”. Por lo que el legislador no sólo permite la tutela extrajudicial cuando interviene un menor causante del daño, sino que presume la conciliación mediante el reconocimiento del perjuicio, las disculpas y aceptación de las mismas aún perjuicio de la víctima.

Esta modalidad de maltrato presenta singularidades que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la tutela judicial y extrajudicial. Al respecto, la minoría de edad del maltratador dificulta la aplicación de órdenes de alejamiento o la interrupción de la convivencia como medidas cautelares y la conciliación con los deberes de patria potestad. Por consiguiente, provoca la indefensión de las víctimas por el régimen de laxitud en los internamientos con salidas y regreso al domicilio. Paralelamente, los deberes de patria potestad y convivencia con los hijos interfieren en la eficacia de estas medidas y favorecen el recurso a programas familiares y a la mediación inadmisibles en el ámbito de la violencia de género.

Aunque según afirma Vidal Pérez de la Osa “medidas como una orden de alejamiento y una prohibición de comunicación del condenado con la víctima, impedirían la mediación mientras estén vigentes estas penas. Una vez resuelto el proceso penal, si no hubiera condena se levantarían las medidas de protección y — siempre de manera voluntaria y en igualdad de partes— ya sería posible llevar a cabo una mediación. Y si hubiera condena, habría que esperar a la pérdida de vigor

---

mediación los siguientes: ”frente a la supuesta inadecuación de la mediación para aquellos hechos delictivos que causan una alta victimización, cabe rebatir el apriorismo de acuerdo al que, en ciertos delitos, el desequilibrio resulta, siempre y en todo caso, intrínseco a las propias partes. Además, ni la mediación penal, en tanto que intrajudicial, pretende en modo alguno reemplazar de manera generalizada la sanción penal, ni la perspectiva general negativa es la única finalidad que debe ser considerada”.

de las medidas, momento en que habría que evaluar la posibilidad de resolver los conflictos que queden pendientes mediante la mediación familiar”.

De otra parte, los hijos/as que agreden a sus progenitores no pueden ser susceptibles de un tratamiento jurídico uniforme sino diferenciado según sean menores de 14 años o entre 14 y 18 años, sujetos respectivamente al sistema público de protección de la infancia y la adolescencia y a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En esta normativa se prevé la intervención del Ministerio Fiscal y de la entidad pública de protección de menores que deben valorar la situación del menor y promover las medidas de protección adecuadas, como el internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto, libertad vigilada, internamiento terapéutico, ambulatorio, de fin de semana con obligación de una serie de conductas como prohibiciones de acudir o residir en ciertos lugares, o comparecer ante juzgado de menores, entre otras (artículos 3 y siguientes).

En estos casos, la Fiscalía de menores se muestra partidaria de medidas cautelares con la colaboración entre las familias, los Juzgados y equipos técnicos, siguiendo los procedimientos por el trámite de juicios rápidos. La implantación de programas familiares integrales pretende “mejorar la capacidad de estos menores para responder de manera adecuada ante cualquier situación de conflicto y reducir las conductas desajustadas y restablecer las relaciones paterno filiales, asumiendo compromisos por ambas partes en sesiones de mediación” <sup>347</sup> <sup>348</sup>. Se facilita la convivencia en grupos

---

<sup>347</sup> Destaca Liñán Aguilera, “El maltrato intrafamiliar en la jurisdicción de menores”, *IPSE-*ds** 2, Vol. 4, 2011, pág. 9 y siguientes afirmando que “la mediación, al promover relaciones igualitarias entre las partes, permite que este mecanismo ofrezca una oportunidad de equilibrar los poderes en el ámbito de las decisiones propias del hogar, la crianza y lo doméstico, ya que los participantes asumen en el análisis y resolución del conflicto un rol protagónico, que favorece la oportunidad de discutir los problemas bajo condiciones de igualdad, respeto y reconocimiento recíproco”.

<sup>348</sup> “Los Grupos de Convivencia Educativos están especializados en las intervenciones de violencia filioparental y servicios de mediación familiar y servicios integrales de medio abierto

educativos para evitar la reiteración de conductas, *la libertad vigilada con sometimiento a programas de intervención familiar y en casos de reincidencia o de gravedad acudir a las penas de internamiento, generalmente en régimen semiabierto y en su caso internamiento terapéutico.*

En definitiva, la vulnerabilidad de la madre agredida como víctima y parte débil en la relación con el agresor/a dificulta la mediación en base a la desigualdad entre ambas partes. *“En contra de la posibilidad de usar esta vía en el caso de maltrato, como establece la citada Ley Orgánica 1/2004 LIVG, se ha aducido la situación de desequilibrio que se da entre la víctima y el maltratador, e incluso que la mediación pueda amparar que continúe la coacción ejercida por éste... Puede existir, efectivamente, una situación de lo que se ha denominado “indefensión aprendida” en la mujer que haga que ésta se encuentre sin capacidad de reaccionar y comprender, incapaz de creer siquiera en la posibilidad de salidas o soluciones al problema* <sup>349</sup> .

La Recomendación 19 del Consejo de Europa establece la necesidad de garantías legales y asistenciales de las partes en la aplicación de estos procedimientos de mediación penal, ya sea juvenil ya adulta, como respetar la dignidad y vulnerabilidad, el consentimiento y voluntad de las partes, confidencialidad, reconocimiento de los hechos y no utilizar el resultado como indicio de culpabilidad.

Se impone pues, la necesidad de garantías en la normativa y protocolos de actuación comenzando por una evaluación psicológica para la validez de los acuerdos de mediación. Según Martínez García “sería necesaria la intervención

---

con el menor/joven y con sus progenitores a través de una concepción integral y multidisciplinar, estando involucrados, por tanto, profesionales de diferentes áreas de trabajo: Psicológica, Sociofamiliar y Educativa”.

<sup>349</sup> LO 1/2004, de 2 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género *prohíbe expresamente la mediación en su artículo 44, cláusula que se incluye en el Art. 87 ter 4 LOPJ, cuando exista violencia. Sin embargo, esta prohibición habría de interpretarse de acuerdo a la propia Ley. Así, decimos que primero habrá de verse el grado de violencia en el que se prohíbe la mediación, ya que la escala es amplísima, y en segundo lugar habrá de dejar vía libre a la utilización del proceso de mediación cuando los especialistas lo aconsejen y sea llevada a cabo por ellos o en la fase de cumplimiento de la pena, cuando la víctima ejercite su derecho a participar en el mismo* <sup>349</sup> .

de una Unidad de valoración Integral forense de las víctimas y del maltratador, con la aquiescencia judicial” y *siempre que el equipo interdisciplinario previsto en su reglamentación diagnosticara la posibilidad de autodeterminarse por parte de la víctima. Todo ello, acompañado por una red de contención adecuada que respondiera inmediatamente ante un caso de riesgo*. También la formación y especialización del mediador, así como la posible supervisión fiscal y judicial contribuyen a garantizar la mediación en la violencia intrafamiliar. Aunque existe el riesgo de conflicto de intereses del Ministerio Fiscal, por actuar en representación legal de la víctima de la violencia y en defensa del interés de los menores maltratadores

En relación al bullying por razón de género, el recurso a la mediación por los centros docentes pretende solucionar el acoso escolar y prevenir el agravamiento de conflictos <sup>350</sup>. Entre las funciones del mediador educativo se incluyen «sensibilizar» a la comunidad educativa y responder de «garantizar el cumplimiento del protocolo de detección e intervención en casos de violencia» <sup>351</sup>.

A priori la mediación escolar resulta admisible como estrategia de prevención de la violencia escolar antes de iniciar procesos disciplinarios formales. Sin embargo, promueve el trato desigual de las niñas maltratadas respecto de las mujeres víctimas de violencia de género generando una brecha entre víctimas. Al margen de cuestionar la capacidad de las menores para decidir, participar y transigir sobre sus derechos fundamentales en la mediación.

---

<sup>350</sup> La Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y de la cultura de la paz y por otro, la Ley 2/2006, de 3 de mayo, orgánica de educación. En el caso de la Ley 27/2005, recoge una serie de medidas para extender la cultura de la no violencia en las escuelas y en concreto establece en el art. 2.7 la obligación de formar a hombres y mujeres en técnicas de resolución de conflictos, negociación y mediación. En el caso de la LOE, la mediación sólo aparece mencionada expresamente al establecer las competencias de los Directores de los centros (art. 132.f).

<sup>351</sup> Según un estudio de Villanueva/Usó Guira/Serrano, se ha demostrado la ausencia de resultados positivos en los dos primeros años de implementación, siendo importante para conseguirlos la consolidación de una cultura de mediación en todo el centro.

En estos casos, la mediación exige como requisitos la voluntariedad, libre disposición e igualdad de partes, imparcialidad y neutralidad de las personas mediadoras, la necesidad de evaluación de riesgos y factores como la reincidencia, la gravedad del acoso y la intervención de la Fiscalía de menores.

Para terminar, conviene señalar que la mediación sobre derechos fundamentales requiere superiores garantías en los acuerdos y transacciones ante el riesgo de su renuncia, falta de resarcimiento del daño moral y revictimización de mujeres o niñas maltratadas.

## 4. Blindaje ante la apariencia constitucional

A raíz de las últimas crisis políticas en diversos países occidentales, se ha exteriorizado el riesgo de adulteración de las democracias mediante la manipulación deliberada de la opinión pública. La distorsión premeditada de la información para influir en las actitudes sociales pretende generar una “apariencia” que puede prevalecer incluso, sobre la propia realidad.

La apariencia real de noticias falsas propagada a través de las nuevas tecnologías puede imperar sobre la auténtica realidad, contaminando la política y bajo la amenaza de intoxicación del Derecho. En particular, divulgaciones falaces, acciones ficticias, simbólicas, virtuales o fraudulentas desde los poderes públicos, tienden a generar una apariencia jurídica y legitimidad aparente.

Desde esta perspectiva se visibiliza una categoría calificable como *fake ius o falso derecho* que, con la complicidad tecnológica, penetra en el escenario de la apariencia jurídica; un fenómeno longevo en el ordenamiento privado, pero con una estética renovada y facciones singulares en el derecho público.

La apariencia se presenta como *alter ego* de la realidad constitucional en base a la competencia desleal practicada mediante simulacros, ficciones, vías de hecho, actos no consumados o declaraciones virtuales. Pero, a diferencia del derecho civil, el principio jurídico de apariencia no puede aplicarse para convalidar situaciones subyacentes sino para invalidar los posibles efectos inconstitucionales.

El Derecho constitucional se enfrenta a la encrucijada de reaccionar frente a los actos simbólicos y metajurídicos o bien adoptar una postura de inacción, según los efectos inconstitucionales potenciales o reales causados,

incluso los resultados antijurídicos provocados más allá de sus fronteras y en el ámbito jurisdiccional de otras disciplinas (penales, procesales...). Las ramificaciones de este desafío adoptan una transversalidad que supera el marco constitucional pero que, de modo particular, exigen desde el constitucionalismo una respuesta frente a nuevos interrogantes: las fronteras jurídicas del simbolismo político y la legitimidad aparente, la inconstitucionalidad difusa, los límites virtuales del parlamento o la exigencia de controles preventivos para impedir ataques “pacíficos” que subviertan el orden constitucional.

#### 4.1. Realidad, apariencia jurídica y legitimidad aparente

Entre las hipótesis de partida, con carácter preliminar se aborda la realidad del desafío derivado de la apariencia y la exigencia de una reforma constitucional como potencial solución al conflicto territorial existente.

En relación a la apariencia comporta un reto constitucional mediante la activación del sistema inmunológico de la Constitución para su contención. Paralelamente esta laguna constitucional plantea la necesidad de reforma, considerando que el aforismo del Tribunal Supremo de los EEUU, *hard cases make bad law*, exigiría precaución y cautela en la revisión del texto constitucional como respuesta.

Resulta necesario deslindar previamente entre la realidad y la apariencia ante el riesgo de la construcción real de una arquitectura institucional, administrativa, orgánica y legislativa, basada en una estrategia de ingeniería paraconstitucional.

La fractura del primer mandamiento del constitucionalismo, la identidad entre Estado de Derecho y democracia, significa para Nogueira Alcalá que la Constitución no es tal si no se encuentra en armonía con su fundamento democrático. La apertura de una brecha entre legitimidad constitucional y democrática ha fundamentado artificiosamente la ruptura con el Estado de Derecho y el imperio de la ley.

La legitimidad democrática puede instrumentalizarse para predominar e incluso deslegitimar la realmente constitucional, a modo de coartada para generar bien una apariencia acorde con la Constitución o justificar la escisión con la legitimidad constitucional. Esta tesis resulta sostenible en base a la relación entre apariencia y legitimación admitida por la doctrina alemana (Falzea), y por su capacidad para suplantar a la realidad constitucional.

*La apariencia lo es todo en Derecho* y la legitimidad aparente es todo en Derecho constitucional, por su potencial jurídico para constitucionalizar actuaciones de baja o nula constitucionalidad y desplazar la realidad constitucional. La credibilidad en la apariencia institucional puede generar una legitimidad paralela a la constitucional, basada en el formalismo de los actos simbólicos o ficticios realizados desde los poderes públicos <sup>352</sup>.

Para sortear la legitimidad constitucional y del Estado de Derecho, también puede recurrirse a la apariencia jurídica basada en actos simbólicos y declaraciones políticas institucionales, propiciando un estado de confianza social en torno a una “realidad aparente” <sup>353</sup>. De ese modo, se ha gestado una legitimidad que Max Weber calificaba como carismática, en que la que una parte de la población asume un poder ficticio deslegitimado constitucionalmente y se aparta de la legitimidad racional basada en motivaciones objetivas y legales.

---

<sup>352</sup> En el ordenamiento privado, el principio de apariencia jurídica comprende todos los casos en que el acto realizado por el tercero con un sujeto que no tiene la titularidad del derecho es eficaz, de todos modos, como si hubiese sido realizado con el titular, siempre que un título de investidura formal de aquel sujeto cree una situación de confianza del tercero. La investidura formal en un derecho subjetivo que realmente no existe se presenta en varias hipótesis: de la posesión a los instrumentos de fe pública, e incluso a las diversas figuras de publicidad. En esta concepción, la idea de apariencia no solamente se considera compatible, sino más bien ligada, esencialmente, con la idea de formalismo.

<sup>353</sup> En particular, la *legitimidad aparente* se ha construido inicialmente en torno a la juridificación de un supuesto derecho a decidir y una consulta ciudadana con apariencia de referéndum, para lo que se recurrió a hipotéticos observadores internacionales independientes. Sin perjuicio del protagonismo de las *fake news* en torno a los hechos y actuaciones durante la votación celebrada y la manipulación institucional de los resultados para avalar una aparente legitimidad democrática.

Por consiguiente, la legitimidad aparente no puede ser indiferente al Derecho constitucional ante el riesgo de ser suplantado por una apariencia “inconstitucional” en virtud de la credibilidad social suscitada. El consenso “democrático” contribuye a socavar la legitimidad constitucional mientras tiende a una relegitimación de los poderes públicos destituidos en el contexto del artículo 155 CE, suplantando la legitimidad constitucional.

El principal problema del Derecho constitucional radica pues, en el fundamento democrático basado en una legitimidad aparente y paralela a la que deriva de la Constitución <sup>354</sup>. La intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática del cuerpo político de la sociedad, implica que la legitimidad y eficacia de la Constitución como norma fundamental de la convivencia, deriva de la anuencia y sostenimiento por la colectividad social <sup>355</sup>.

En suma, la juridificación progresiva de la legitimidad aparente y de los actos aparentes constituye una de las principales amenazas del Derecho constitucional.

## 4.2. Apariencia constitucional y efectos jurídicos

La conflictividad emergente entre apariencia y realidad jurídica, plantea los límites de la tolerancia constitucional hacia los simulacros jurídicos y

---

<sup>354</sup> El artículo 402 del Código Penal establece como supuesto de hecho de la usurpación de funciones: “El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial...”

<sup>355</sup> La Constitución requiere de la adhesión y acatamiento generalizado de la ciudadanía, tanto a nivel de conciencia generalizada como de conductas concretas de los diversos actores sociales y componentes de la sociedad. Una constitución que carece de sustento y adhesión difundida entre los miembros de la sociedad está destinada a durar poco, sólo mientras exista la fuerza que la impone.

declaraciones simbólicas <sup>356</sup>. En principio, el derecho constitucional se debate entre la transigencia y la impugnación de los actos aparentes, según la levedad o repercusión de los efectos jurídicos producidos en el campo de la inconstitucionalidad.

El fenómeno de la *apariencia constitucional* se encuentra implícitamente presente en la práctica parlamentaria e incluso, en la doctrina desarrollada por los órganos judiciales y el Tribunal constitucional, presuponiendo su legitimidad y acatamiento a la Constitución. La sumisión al formalismo, la competencia o a las reglas procedimentales tienden a generar un áurea aparentemente constitucional de las actuaciones en el derecho público, similar a los títulos formales del ordenamiento privado y con una protección jurídica equivalente, basada en la confianza en la apariencia<sup>357</sup>.

Pero además debe visibilizarse una “apariencia” propulsada cada vez con más frecuencia por las nuevas tecnologías, capaz de generar una *inconstitucionalidad difusa*, oblicua, subrepticia, con efectos retardados, subliminal para los órganos judiciales y elusiva de los controles de constitucionalidad. Ambas pretensiones responden a la necesidad de juridificar la apariencia como paso previo para la consecución de efectos jurídicos en la realidad constitucional.

En este campo de la apariencia jurídica y constitucional mediante el recurso a declaraciones políticas, actuaciones simbólicas, simuladas o

---

<sup>356</sup> Vid., Irureta, “Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40, Valparaíso, 2013, “los casos de apariencia jurídica concurren siempre que se verifique un fenómeno, materialmente presente e inmediatamente real, que a su vez deja al descubierto otro hecho que no reúne dichas características, a través de signos y relaciones de significación socialmente apreciables. La apariencia, de este modo, produce y oculta la consabida discordancia entre la situación exteriorizada y la situación real, generando un estado de ficción”.

<sup>357</sup> La ley valenciana de Mediación admite en su Exposición de motivos, “la gran flexibilidad que caracteriza el procedimiento de mediación favorece su utilización extensiva en todos los sectores de la actividad humana en los que interese una solución autocompositiva que permita el mantenimiento de las relaciones entre las partes”.

fraudulentas, permanentes y en cascada; con el riesgo latente de que la asunción de un acto inconstitucional legitime los sucesivos que de él traigan causa <sup>358</sup>. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha impugnado las Resoluciones adoptadas por el Parlamento de Cataluña "porque podrían ser entendidas como un intento de dar apariencia de validez al denominado proceso constituyente en Cataluña, cuya inconstitucionalidad fue declarada por la Sentencia 259/2015...".

#### 4.2.1. *Control jurídico de las declaraciones políticas en sede parlamentaria*

La legitimidad de las declaraciones parlamentarias como manifestaciones del debate político, en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de representación política, determina una tutela constitucional cuasi-intangible.

No obstante, la juridificación de las declaraciones parlamentarias a efectos de control constitucional plantea serias objeciones entre la doctrina y la jurisprudencia. Desde un punto de vista proclive al control restrictivo de las manifestaciones políticas, Von Gneist considera que "sólo se podría judicializar la validez formal de una ley, respecto de «aquellas fases del procedimiento legislativo con relevancia *ad extra*», para defender la independencia e integridad de atribuciones de la institución parlamentaria. Según J. A. Alonso de Antonio y A. L. Alonso de Antonio, el Tribunal Constitucional destacan que la inviolabilidad «no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y sí solo sus declaraciones de juicio o de voluntad» (STC 51/1985, FJ 6).

---

<sup>358</sup>Vid., STC 259/2015, de 2 de diciembre, sobre la declaración de nulidad de determinadas resoluciones adoptadas por el Pleno del Parlamento de Cataluña del 6 de octubre de 2016 y la adopción de otras medidas específicas. Las citadas resoluciones aprobadas por el Pleno del Parlamento de Cataluña del 6 de octubre de 2016 vulneran específicamente la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional y todas las Resoluciones se refieren al proceso constituyente de Cataluña, El Tribunal Constitucional anuló, así, los pronunciamientos que hacen referencia a la apertura de un pretendido proceso constituyente en el que no se respeten las exigencias establecidas para la reforma de la Constitución

En esta línea, el Tribunal Constitucional afirma: si un órgano judicial sólo puede justificar su separación de un precedente por medio de argumentos y razones, las alteraciones perceptibles en la línea política de una Asamblea se justifican, por el contrario, en sí mismas. Lo contrario sería tanto como juridificar un ámbito que, como el de control e impulso parlamentarios, ha de ser libre, sólo sometido a aquellas normas de procedimiento que, instrumentalmente, hagan posible el ejercicio de las funciones parlamentarias no estrictamente legislativas. La jurisprudencia constitucional ampara «aquellas manifestaciones que “se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público» (por todas, SSTC 107/1988, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 204/2001, FJ 4; y 181/2006, FJ 5) o que supongan la «emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar como datos objetivos» (STC 139/2007, FJ 6).

Al margen de los efectos no vinculantes de las declaraciones políticas, la libertad de expresión parlamentaria fundamenta igualmente la exención de controles. Sin embargo, en una línea opuesta, la sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985 admitió que *cualquier facultad constitucionalmente otorgada, no puede considerarse exenta del sometimiento a la Constitución, como cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa, esto es, que afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento de las Cámaras* <sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> Entre otras, destaca la STC 79/2014, en el recurso de amparo interpuesto contra la no admisión a trámite en el Parlamento Vasco de una proposición no de ley por su contenido, si bien en este caso el Tribunal otorgó el amparo por entender que la causa de inadmisión no estaba prevista en el Reglamento de la Cámara: *“En definitiva, de la regulación del Reglamento de la Cámara se colige que el papel que corresponde desempeñar a la Mesa en el ejercicio de su función de calificación y admisión a trámite respecto de las proposiciones no de ley no se ciñe a la verificación de los requisitos formales reglamentariamente establecidos, sino que se extiende también al examen del contenido material de la iniciativa en cuanto resulte determinante para llevar a cabo un juicio de calificación sobre la idoneidad y procedencia del procedimiento parlamentario elegido para sustanciar la iniciativa deducida y el correspondiente pronunciamiento sobre su admisión o no a trámite*

Este criterio basado en la trascendencia exterior de las declaraciones políticas como premisa para su control, enlaza con la apariencia jurídica y la confianza que suscita en los terceros. La STC 42/2014, de 25 de marzo incorpora una doctrina sobre los efectos jurídicos de los actos parlamentarios de impulso de la acción de gobierno y aborda la “legitimación institucional aparente” por extralimitación competencial en virtud de facultades no atribuidas. El Tribunal Constitucional admite que los efectos jurídicos de un acto no se agotan en el hecho de que sean vinculantes para el Gobierno o la ciudadanía en el sentido propio de un acto normativo; y a pesar de su naturaleza política, una resolución puede tener efectos jurídicos porque permite atribuir a una institución facultades que no tiene conferidas.

De otra parte, el riesgo de que las declaraciones parlamentarias simbólicas o contrarias a la Constitución sean reconocidas como realidad vinculante por los ciudadanos, cuestiona la inacción del Derecho frente a las mismas. La transición del acto político a la norma jurídica *se verifica desde la propia institución parlamentaria, y la voluntad se convierte en Derecho si es reconocido, aceptado o consentido como vinculante por los ciudadanos* (Nogueira).

Por tanto, la argumentación jurídica de la apariencia penetra en el campo constitucional y parlamentario si adopta relevancia exterior y efectos jurídicos por la vía de extralimitación competencial, aunque no pueden excluirse otras causas de externalización. El fraude de ley, el abuso de poder o la simulación dotan de trascendencia externa a las declaraciones políticas parlamentarias y no deberían sustraerse por tal motivo a dichas categorías de inaplicación e ineficacia de las normas. Las implicaciones jurídicas potenciales o reales de las declaraciones políticas ficticias, simuladas o fraudulentas (extensible a los *acta interna corporis*) en sede parlamentaria, justifican, como se expone a continuación, la sujeción al control jurisdiccional.

---

*atendiendo al respeto o no de los límites o condiciones materiales que el Reglamento establece con carácter específico para las proposiciones no de ley.*

#### *4.2.2. La “especial transcendencia constitucional” de la apariencia*

A diferencia de la teoría de la apariencia jurídica en el ámbito privado y sus efectos garantistas, el Derecho constitucional no ha desarrollado una construcción doctrinal y jurisprudencial en torno a los actos aparentes. Por esta razón, en el actual estadio especialmente embrionario de la apariencia, conviene cuestionar su “especial transcendencia constitucional” en orden a su tolerancia o impugnación.

La posición ante los actos aparentes se debate entre la irrelevancia constitucional y el control de constitucionalidad de los efectos jurídicos presumibles, previsibles o reales. La confianza en la apariencia constitucional y en la legitimidad aparente puede incitar a la confusión y engaño en cuanto a la eficacia jurídica de las actuaciones, decisiones y declaraciones políticas. Más concretamente, la activación de la maquinaria constitucional o la intervención del Tribunal Constitucional puede depender de la gravedad de efectos jurídicos, potenciales o reales. Sin perjuicio de que en contextos politizados, el control de constitucionalidad sobre actos aparentes pueda ser objeto de transacción, negociación política o de ponderación basada en su intranscendencia jurídica (o política).

En la práctica, la inseguridad sobre la apariencia o realidad de ciertas actuaciones institucionales y el hipotético peligro de graves consecuencias jurídicas, han justificado la interposición de recursos ante el Tribunal Constitucional contra declaraciones políticas (v.gr. votación celebrada en el pleno del Parlamento catalán para la declaración unilateral de independencia y su posterior firma en la sala contigua).

El riesgo de consolidación jurídica de una apariencia inconstitucional derivada de actos simbólicos o ficticios y de una aparente legitimidad, se basa en la dificultad para dismantelar la confianza jurídica generada en la ciudadanía, como también en los potenciales efectos jurídicos de las declaraciones políticas contrarias al espíritu y literalidad constitucional.

En atención a las consecuencias jurídicas de los actos aparentes, se plantea la transferibilidad del principio de apariencia jurídica a la esfera constitucional, franqueando la frontera entre lo público y lo privado. El desafío de la apariencia no es exclusivo del ordenamiento privado ni taxativo, sino analógico. Aunque la ausencia de una construcción doctrinal y jurisprudencial sobre la apariencia constitucional ha invisibilizado su influencia en el campo de esta disciplina y obstruido su aceptación como principio jurídico.

Desde una perspectiva constitucional, sin embargo, la apariencia presenta efectos singulares y subvertidos respecto al derecho privado, donde la verosimilitud y la confianza pueda ser objeto de protección jurídica <sup>360</sup>. En principio, los fenómenos de apariencia constitucional con sustrato en la legitimidad institucional o democrática y el formalismo, pueden adquirir eficacia jurídica atendiendo al derecho privado como referente.

La legitimidad institucional y procedimental del derecho constitucional equivalente a los títulos de investidura formal privados, es susceptible igualmente de crear una situación jurídica aparente protegida por el derecho fundamental de representación política <sup>361</sup>. La relevancia constitucional se justificaría cuando los actos aparentes hacen entrar en juego un sistema de intereses, como la confianza de la ciudadanía y el interés de terceros, poniendo

---

<sup>360</sup> Según Bustos Pueche, J., *La doctrina de la apariencia jurídica. (Una explicación unitaria de los artículos 34 LH y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia)*, Madrid, 1999, “se trata de un auténtico principio general del Derecho, susceptible de aplicación analógica (analogía iuris); para otros, el reconocimiento de la apariencia subvierte los fundamentos del ordenamiento jurídico, que ha de basarse en la realidad, y no en la ficción, Pero, además, ha de tratarse de un engaño verosímil, es decir, que la información, por las características exteriores que ofrece, se acepta como verdadera por una persona con una diligencia normal. De esta manera aparece la verosimilitud como la segunda nota integradora del concepto de apariencia jurídica”.

<sup>361</sup> Vid., Falzea, *Ricerche di teoria...*, cit., págs. 182 y ss., “la apariencia es, ni más ni menos, un instrumento elástico, idóneo para penetrar en los campos donde el formalismo jurídico no ha tenido posibilidad de desarrollarse, y que apunta a proteger el interés de los terceros cada vez que estos no tengan una declaración formal en la cual apoyarse, pero hayan sido engañados, sin embargo, por una situación de hecho que ha manifestado como existente una realidad jurídica inexistente”.

en peligro o postergando la realidad constitucional a través de la ficción o simbolismo jurídicos. En el marco constitucional, la apariencia tiende a multiplicar la confianza de terceros por su proyección en las relaciones sociales como norma de convivencia y el fundamento democrático de la legitimidad. Al margen de la capacidad expansiva de la irrealidad jurídica a través de las nuevas tecnologías y la “fe pública virtual” susceptible de promover en la ciudadanía.

Por último, la respuesta constitucional a los posibles efectos jurídicos de la apariencia plantea la traslación de las soluciones civiles basadas en la convalidación de los actos aparentes y la protección de la confianza generada. El riesgo de efectos inconstitucionales y la suplantación de la realidad constitucional por una apariencia ficticia, fraudulenta, impide la consolidación de la situación o relación subyacente creada y de los derechos adquiridos <sup>362</sup>. El derecho constitucional no puede tutelar la confianza en una apariencia contraria a la Constitución ni exculpar sus medios vehiculares (falsedad, fraude o abuso del derecho, desviación de poder...).

La “buena fe constitucional” impone la primacía de la realidad frente a una apariencia deliberada y situaciones de hecho con fines inconstitucionales. El derecho constitucional se enfrenta al reto de dirimir la eficacia o invalidez de los actos aparentes y de evitar la confianza en una apariencia inconstitucional fraudulenta o ficticia, así como sancionar las conductas de falseamiento o exigir responsabilidades. La relevancia constitucional de un falso derecho (*fake ius*) provocado por actos simbólicos o ficticios e incluso por noticias engañosas (*fake news*) con fines contrarios a las normas constitucionales, podría

---

<sup>362</sup> Para Irureta, “Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40, Valparaíso, 2013, “no es de extrañar, por tanto, que en determinados supuestos el ordenamiento laboral opte por la tutela de la confianza o de la apariencia creada o en otros por la primacía de la materialidad subyacente, ya que siempre la ley se encontrará motivada por la idea de evitar una actuación falsa o fraudulenta en el goce efectivo de los derechos, privilegiando una adecuada y saludable transparencia. Ante la dialéctica entre forma jurídica y realidad, el ordenamiento optará, en algunos casos, por esta última”.

subordinarse a los efectos jurídicos causados (daños materiales, malversación de fondos públicos...), aunque se produzcan en otros ámbitos del ordenamiento. La vulneración del derecho constitucional puede ocasionarse indirectamente mediante actuaciones ficticias o simuladas en este ámbito y adoptar realidad jurídica en otras ramas desplegando consecuencias de carácter penal, procesal o administrativo.

El principio de “seguridad constitucional” se opone a la consumación de los actos aparentes adelantando la respuesta mediante un control de constitucionalidad *ex ante* o preventivo. En esta línea se inscribe la reciente impugnación preventiva adoptada por el Tribunal Constitucional como medida cautelar, suscitando una polémica doctrinal sobre su adecuación a la Constitución.

En última instancia, el Derecho constitucional se enfrenta al reto de deslindar la realidad constitucional de la apariencia inconstitucional, obligando a una sempiterna reflexión sobre las difusas fronteras entre el Derecho y la política.

#### 4.3. Extrapolación general de mecanismos civiles de defensa

La actual conflictividad territorial ha exteriorizado un deficitario blindaje interno de la Constitución, planteando el recurso a soluciones jurídicas inéditas y la apertura a un nuevo sistema de control de constitucionalidad.

En primer lugar, la experiencia (milenaria) del Derecho civil proporciona claves jurídicas para la autodefensa del orden constitucional frente a actuaciones en apariencia lícitas, pero con efectos inconstitucionales<sup>363</sup>.

---

<sup>363</sup> El Derecho Constitucional es una de las más jóvenes disciplinas jurídicas, si se compara con otras ramas fundamentales, como el Derecho Civil o el Derecho Penal. Éstas, de una u otra forma, tienen una existencia multiseccular o incluso milenaria, mientras que el Derecho Constitucional no puede remontarse más allá de un par de centurias.

El problema radica en la ausencia de disposiciones relativas a la eficacia general de las normas constitucionales, equivalentes en la esfera privada al fraude de ley, abuso, simulación o causa.

La aplicación analógica de estas categorías civiles exceptúa e invierte la *vis expansiva* del derecho constitucional mediante la contribución iusprivatista a la ineficacia <sup>364</sup>. A diferencia del ordenamiento privado, los actos fraudulentos, simulados, ficticios o simbólicos adolecen de una terapia para impedir la convalidación de efectos inconstitucionales. Por esta razón, las disposiciones civiles pueden actuar como referente para abordar la inconstitucionalidad derivada del fraude de ley, el abuso, la causa o simulación.

Respecto del fraude constitucional, su imprevisión obstruye la reacción frente a los actos, resoluciones y disposiciones destinados a alcanzar un resultado prohibido o contrario a la Constitución (o Estatutos de Autonomía), en términos análogos al artículo 6.4 del Código Civil. <sup>365</sup>. Esta figura podría adoptar el perfil de la denominada *acción de rodeo* (umgehung des Gesetzes), como una vulneración no palmaria o indirecta de las normas.

Según Sagües la versión extrema del falseamiento deliberado es el fraude constitucional mediante la modificación o cambio encubierto de la constitución formal a través de la sanción de leyes ordinarias opuestas pero no

---

<sup>364</sup> Admite Sagües, N., “El concepto de desconstitucionalización”, *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, N°. 2, 2007 (Ejemplar dedicado a: Revista de Derecho), que por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender un proceso de transformación de éste, al término del cual “resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”, porque la ley fundamental resulta “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

<sup>365</sup> Para Nogueira Alcalá, H., Consideraciones sobre poder constituyente y...”, cit., el poder constituyente derivado sólo puede operar dentro de los principios supremos del orden constitucional o formula política.

declaradas inconstitucionales <sup>366</sup>. La atipicidad del fraude constitucional repercute negativamente en la aplicación de una respuesta jurídica bien mediante el recurso a la norma que se ha tratado de eludir como el Código civil, o un régimen de responsabilidades y sanciones a los representantes políticos que promuevan la defraudación de la Constitución. Sin que los actuales controles de constitucionalidad se adapten a esta figura desde el punto de vista del objeto por su extensión a los actos sin fuerza de ley y declaraciones políticas. Como tampoco los efectos civiles del *fraus legis* resultan extrapolables al marco constitucional, considerando que no se precisa la declaración de inconstitucionalidad de la disposición que ofrece cobertura al fraude ni de la defraudada.

La impotencia de la Constitución para reaccionar a su propia defraudación, paradójicamente, tiende al riesgo de utilizar fraudulentamente los recursos actuales para su control de constitucionalidad. Algún sector doctrinal advierte de la fraudulenta aplicación del artículo 161.2 CE sin conflicto entre Estado y CCAA, como también el recurso de inconstitucionalidad contra actos ficticios, hipotéticos sin condición normativa o fuerza de ley (v.gr. la convocatoria del Pleno del Parlamento de Cataluña con la propuesta de investidura de presidente del Gobierno autonómico).

La defraudación del derecho constitucional se ampara en la cobertura de la legitimidad institucional y en la apariencia formal o procedimental, dificultando la reacción desde la propia Constitución <sup>367</sup>. Sin embargo, pese a

---

<sup>366</sup> Durante la crisis territorial en Cataluña, se han aprobado normas *ex professo* (v.gr. Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república y de referéndum) para otorgar cobertura jurídica a un resultado inconstitucional como la vulneración de la soberanía y unidad nacional.

<sup>367</sup> Vid., Sagües, N., “El concepto de desconstitucionalización”, *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Nº 2, 2007, para quien “la versión extrema del falseamiento deliberado —sostiene— es el “fraude constitucional”, que se dio de modo manifiesto, por ejemplo, con Mussolini, al manipular el Estatuto albertino de 1848, o con Hitler, al distorsionar las reglas constitucionales del texto de Weimar de 1919.14 b. Maurice Haurio empleó la expresión falseamiento de la constitución igualmente con dos

ser una laguna del sistema constitucional, su comisión reiterada por los poderes públicos puede ser un vehículo capaz de provocar un fenómeno de *desconstitucionalización* progresiva <sup>368</sup>. El fraude constitucional contribuye a la *desvalorización de la Constitución por su falta de pleno cumplimiento y a la erosión de la “conciencia constitucional”*<sup>369</sup>. *El falseamiento puede verificarse mediante la utilización de otros valores distintos de los constitucionales o por la práctica de una legislación inconstitucional no declarada tal* <sup>370</sup>. Por esta razón,

---

acepciones, ambas referidas a la modificación o el cambio encubierto de la constitución formal. Una, mediante la sanción de leyes ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, con lo que pueden terminar derogándola”.

<sup>368</sup> Se llegó de este modo a la singular paradoja de la destrucción total de un sistema constitucional desde el ejercicio de su propia legalidad. Con lo cual, la pregunta inevitablemente 1 Cfr. G. Liet-Veaux, «La fraude à la Constitution», en *Revue de Droit Public*, 1942, p. 116. Cfr. Burdeau, *Traité...*, op. cit., p. 266. 2 Cfr. Burdeau, *Traité*, op. cit., p. 267. Elías Díaz, *De la maldad...*, op. cit., p. 65. 119 a responder no puede ser otra que la de: ¿puede el ordenamiento y la legalidad constitucional servir de cauce para su propia destrucción? O lo que es lo mismo: ¿cabe legalmente hablar de la existencia del golpe de Estado constitucional? El falseamiento de la Constitución y el fraude constitucional son dos prácticas de las que con fines políticos y personales se ha abusado y por las que se ha deformado el derecho constitucional. No obstante, aunque son unas rutinas constantes en la realidad jurídico-política, en México pocos son los trabajos que se refieren a dichos conceptos, los cuales han sido estudiados ampliamente por la doctrina francesa.

<sup>369</sup> El ejemplo más notable es el de la Alemania de Hitler, cuando el jefe de los nazis con las normas de la Constitución de Weimar destruyó el andamiaje constitucional de su país. Acabó con el parlamento porque consideraba que era inútil, prohibió los partidos por que solamente el movimiento nazi representaba al Estado y en general terminó con la democracia, ya que él no creía que las mayorías tuvieran la razón.

<sup>370</sup> Vid., Sánchez González, S., *Reforma, mutación y quiebra constitucionales*, Ponencia presentada en las II Jornadas sobre Reforma de la Constitución, celebradas en Barbastro los días 27 y 28 de octubre de 2006, pág. 312, para De Vega, La palabra desconstitucionalización puede proyectarse igualmente hacia situaciones más sutiles, propias del llamado desmontaje (supra, sección 6), falseamiento (supra, sección 8) o desvalorización constitucional (supra, sección 7), cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, por lo general manipulativas de la constitución, que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o fuerza normativa) del precepto constitucional sancionado en su momento.

De Vega P. reconoce que el falseamiento de la Constitución conecta con la modificación no formal de la misma (Verfassungswandlung).

En suma, la manipulación continuada de normas constitucionales con fines contrarios al ordenamiento constitucional y por ende, sucesivos fraudes desde las instituciones, tienden a provocar una crisis de constitucionalidad e incluso un estado de desconstitucionalización <sup>371</sup>. Desde esta última perspectiva, Loewenstein advierte del riesgo de *refrendo sociológico de la desconstitucionalización, que se produce cuando obtiene un real consenso en el medio, consecuencia de vez en cuando de vivencias colectivas de desapego o indiferencia hacia la constitución* <sup>372</sup>.

Tampoco el abuso del derecho a la representación o participación política y el uso abusivo del poder legislativo presentan una autonomía y entidad propia como categoría constitucional <sup>373</sup>.

---

<sup>371</sup> Vid., Sagües, N., El concepto de desconstitucionalización..., cit., “sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o la desvalorización (para hablar en términos de Loewenstein) de la constitución puede perpetrarse tanto por quebrantamiento como por desconstitucionalización inconstitucional”.

<sup>372</sup> En el contexto de Cataluña, la *fattispecie* del fraude constitucional ha adoptado perfiles singulares por la defraudación no sólo de las normas, sino también de las resoluciones del tribunal constitucional y de las propias lagunas de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y del Reglamento parlamentario.

<sup>373</sup> Destaca Sagües, N., El concepto de desconstitucionalización..., cit., pág. 62, lo distintivo del abuso-desvío de poderes públicos es que se deben valorar las consecuencias, en términos fácticos, en particular si tales consecuencias constituyen un daño injustificado o un beneficio indebido; ambas situaciones excluidas por los principios que justifican en el ordenamiento la atribución del poder que ha sido usado. Un poder público, a diferencia del privado que es libre en la persecución de sus objetivos, está instituido para conseguir fines que materializan el interés público; Esta lógica también podría aplicarse en línea teórica al legislador, en caso de que en el ejercicio de la función legislativa termine por violar principios constitucionales, o al juez, por ejemplo en casos donde haga uso del poder de detención cautelar (custodia) sencillamente para condicionar al acusado «a asumir una determinada conducta procesal».

Con carácter general, la extralimitación o exceso de los límites constitucionales presenta como modalidades la transgresión competencial en el ejercicio del derecho, la persecución de fines contrarios de los previstos en la ley (STS de 25 de octubre de 1999), e incluso, *una aparente conformidad del sujeto al contenido del derecho*. Desde esta última perspectiva, el abuso conecta con la apariencia jurídica en relación a los actos que aparentemente no sobrepasan los límites normales de ejercicio de un derecho. Para Ghestin “lo que caracteriza el abuso respecto a un simple exceso de los límites legales es la apariencia de legitimidad-legalidad de un comportamiento, lo que permite jurídicamente su tutela”. En este sentido, el abuso de las instituciones y de la representación política como reverso del derecho a participación política del artículo 23 CE, adopta una apariencia de licitud y juridicidad difícil de impugnar por fundamentarse en la legitimidad constitucional.

Paralelamente, la modalidad del denominado “constitucionalismo abusivo” (David Landau) se basa en el empleo de mecanismos o categorías constitucionales para posibilitar cambios políticos <sup>374</sup>. Al respecto, la STS Sala 3.ª de 3 junio 2002 afirma que *«el fraude de ley y el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo que la ley no ampara, supone que, aun respetando los límites formales, se produzca una vulneración de los valores o de la idea axiológica que forma parte del contenido de la norma o del derecho subjetivo de cuyo ejercicio se trata...»*.

No obstante, en la actualidad y pese a su manifestación clave durante la crisis territorial de Cataluña, prevalece la ajenidad del abuso a la jurisdicción del Derecho constitucional <sup>375</sup>. En esta línea, el Tribunal Constitucional (ATC

---

<sup>374</sup> Esta tipología del abuso puede reconocerse en el ejercicio de derechos de representación política durante la crisis de Cataluña que, bajo la cobertura de la legitimidad competencial y formal, vulnera su núcleo o contenido esencial.

<sup>375</sup> Los abogados de la Generalitat razonan que resulta “a todas luces desproporcionado, excesivo, contrario a las reglas de la buena fe procesal y, en definitiva, abusivo, acudir a la impugnación en sede constitucional de una norma como es el Reglamento de una cámara

Sala 1.<sup>a</sup> de 3 abril 2001) repudia la posible naturaleza constitucional del abuso aseverando que «...*en cuanto al abuso de Derecho y al fraude de Ley, ha declarado este Tribunal que se trata de cuestiones de legalidad ordinaria y que su tratamiento y resolución corresponde en exclusiva a los órganos integrantes del Poder Judicial, con sometimiento siempre a los cánones de la revisión constitucional antes reseñados (ATC, 325/1991, FJ I)*». Por último, la previsión constitucional de categorías *iusprivatistas* como la causa y simulación posibilitaría una réplica jurídica ante los simulacros constitucionales.

En el derecho constitucional la causa no encuentra cobertura jurídica, aunque sería extrapolable la opinión de García de Enterría admitiendo que conecta con la motivación, *pues esta última es un medio técnico de control de la causa del acto y como contenido del mismo*.

La motivación constituye el elemento principal de los actos, requisito de validez y condición de legitimidad de las decisiones de los poderes públicos. La sujeción de los actos constitucionales a la necesidad de motivación implica, dada su vinculación con la causa, que esta última presenta una larvada realidad constitucional, pese a su nulo desarrollo constitucional y jurisprudencial.

La constitucionalización de la causa se fundamenta no sólo en la motivación sino en la identificación de la misma con el interés público y conecta con la legitimidad material de los actos (Alessi)<sup>376</sup>. El control de la causa

---

parlamentaria". El Govern ha presentado un recurso de súplica para que se levante la suspensión sobre la reforma del reglamento del Parlament, alegando que se ha producido un "abuso de derecho", y el Tribunal Constitucional (TC) preguntará a las partes antes de pronunciarse al respecto.

<sup>376</sup> Vid., Carretero Pérez, "Causa, motivo y fin del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*, N° 58. 1969, "la causa de los actos administrativos tiene además un elemento original que no se da en los actos privados, que es constante y objetivo: el interés público. No importa tanto la voluntad del Agente como su realidad objetiva. Por su estructura, el acto administrativo no difiere del privado, pues ambos contienen una voluntad; pero varía su forma y finalidad, ya que la privada es libre, pero la pública es invariable: es el interés general".

constitucional y su licitud se subordinan a la técnica de motivación de los actos constitucionales y de sus fines.

En conexión con la causa y la apariencia jurídica, cabe resaltar el protagonismo jurídico de la simulación definida como declaración de una voluntad no real emitida conscientemente con fines de engaño. Aunque a diferencia del fraude de ley, ejecutado sin ocultamiento alguno donde el artificio es patente, la simulación entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos relevantes (STC 120/2005, de 17 de mayo, FJ 4).

La traslación de la simulación a la esfera constitucional parece viable respecto de aquellas declaraciones políticas o institucionales ficticias, con divergencia entre lo simulado y lo disimulado, concertándose para ocultar pretensiones inconstitucionales y generar una apariencia de constitucionalidad<sup>377</sup>.

La simulación institucional puede provocar efectos inconstitucionales si confiere al acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter y persigue fines contrarios a la Constitución. Sin embargo, la impunidad constitucional de la simulación contrasta con el derecho privado que invalida el acto simulado y otorga eficacia jurídica al disimulado<sup>378</sup>. La simulación puede adoptar relevancia constitucional mediante la planificación de una “ingeniería institucional y orgánica” similar a la arquitectura societaria en el plano

---

<sup>377</sup> Vid., Irureta, “Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40, Valparaíso, 2013, “lo relevante de todas estas consideraciones lo constituye el hecho de que la simulación, debido al carácter que presenta, constituye sin lugar a dudas una de las alternativas más concretas para burlar los propósitos del legislador, permitiendo un claro contraste entre el significado que un acto o conjunto de actos tiene hacia el exterior –jurídica y objetivamente considerados–, y el que verdaderamente le han atribuido sus autores”.

<sup>378</sup> Aborda Sartori en su obra *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, la proliferación de casos en los que los gobernantes, y por extensión las élites políticas que los rodean, a través de una *cuidadosa utilización de diversos mecanismos institucionales, acompañados ocasionalmente de mayor o menor habilidad en la utilización de campañas mediáticas o directamente de marketing político*, consolidan su poder. Esta situación (de utilización defraudatoria o fraudulenta) puede ser probada por, como ha señalado entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 995/2004, de 27 de octubre.

mercantil, donde se utiliza la autonomía patrimonial y la interposición ficticia de entidades para eludir el cumplimiento de la legalidad, obligaciones o responsabilidades

Los abusos de la personalidad jurídica en perjuicio de los intereses públicos y con el fin de burlar la Constitución, debería permitir *levantar el velo* de las instituciones y organismos públicos. Al igual que el ordenamiento privado faculta para penetrar en su interior, examinar los intereses reales perseguidos y acotar los actos abusivos. Sin embargo, la Jurisprudencia constitucional adolece de experiencia en el control de los abusos de la personalidad jurídico-institucional y administrativa, aun constituyéndose como vehículo para el fraude constitucional.

#### 4.4. Reforma constitucional como antídoto de la crisis territorial

A continuación, se plantea la oportunidad de una reforma constitucional, a través del derecho constitucional comparado explorando los límites de una eventual revisión <sup>379</sup>.

En principio, según Carl Schmitt, la facultad de reformar la Constitución significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo <sup>380</sup>. Desde esta premisa, el límite de la reforma

---

<sup>379</sup> Desde una perspectiva comparada, las Constituciones de nuestro entorno suelen limitar la reforma de la estructura territorial, como la Ley Fundamental de Bonn que considera ilícita toda modificación en virtud la cual se afecte a la división Federal de los Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa, o a los principios establecidos en los Artículos 1 y 20” (artículo 79.3); y la Constitución portuguesa prevé, como límites a la reforma constitucional, la independencia nacional y la unidad del Estado (artículo 288).

<sup>380</sup> Destaca Nogueira Alcalá, H., “Consideraciones sobre poder constituyente...”, cit., “el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como

constitucional en nuestro país exige determinar su contenido esencial considerando como tal aquel núcleo intangible e irreformable de la Constitución española.

Respecto de la indivisibilidad e integridad territorial, el problema se centraría entonces en determinar si la unidad, el territorio o la nación indivisible entraría dentro del límite de lo identitario o por el contrario sería reformable. La respuesta jurisprudencial, se manifiesta en sentido positivo a una posible reforma constitucional en base a la STC 114/2017, de 17 de octubre afirmando *"lo que a todos afecta, es decir, la permanencia o no de ese Estado común en que España quedó constituida, no podría, llegado el caso, sino ser reconsiderado y decidido también por todos; lo contrario entrañaría, con la ruptura de la unidad de la ciudadanía, la quiebra"*. En consecuencia, ***"la redefinición de la identidad y unidad del sujeto titular de la soberanía es cuestión que ha de encauzarse a través del procedimiento de reforma previsto en el art. 168 CE, por la vía del referéndum de revisión constitucional"*** <sup>381</sup>.

Sin embargo, esta posición relativista basada en las disposiciones de reforma constitucional sin cláusulas de intangibilidad al respecto, reenvía a las consideradas por Otto Bachoff *normas constitucionales inconstitucionales*. Para este autor *habría cláusulas pétreas que limitan el poder de reforma para hacer*

---

tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: 'los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos'<sup>1</sup>

<sup>381</sup> Según la referida STC 17 octubre de 2017, la Constitución admite *"su revisión total"*, pero ésta sólo puede llevarse a cabo *"en el marco de los procedimientos de reforma"* que el texto constitucional prevé. *"Es plena la apertura de la norma fundamental a su revisión formal, que pueden solicitar o proponer, entre otros órganos del Estado, las Asambleas de las Comunidades Autónomas... ha entrado en una inaceptable vía de hecho, ha dejado declaradamente de actuar en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias y ha puesto en riesgo máximo, para todos los ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preservan para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto... De esta forma, ha dejado a los ciudadanos "a merced de un poder que dice no reconocer límite alguno"*.

*perdurar la identidad del sistema y una norma constitucional también puede ser inconstitucional en virtud de violación del derecho constitucional material no escrito.*

La remisión a un derecho supralegal inmanente al orden jurídico y que no fue positivado a través de su transformación en derecho constitucional escrito», fundamenta la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional <sup>382</sup>. En particular, el legado histórico que precede a la Constitución española de 1978 compuesto por el territorio y la nación, podrían calificarse como cláusulas de intangibilidad intrínsecas. Al margen de la contradicción subyacente *en garantizar la pervivencia de ciertos contenidos constitucionales a través de su procedimiento hiperrígido (artículo 168 CE) y que, sin embargo, no se protegiera a sí mismo.*

La reforma del contenido estructural de la Constitución no implicaría propiamente tal si afectase a la indivisibilidad territorial, ante la percepción más exacta de un texto refundido constitucional <sup>383</sup>. La extralimitación del poder constituyente puede fundamentarse en la indisponibilidad de elementos

---

<sup>382</sup> Para Otto Bachof, “¿Normas constitucionales inconstitucionales?”, *Tiempos del constitucionalismo*, Lima 2010, la existencia de un "Derecho Suprapositivo" que ha de ser respetado por el propio Poder constituyente como condición para la validez de la propia Constitución., considerando que el "Derecho supralegal" puede o no estar incorporado al texto constitucional, pero en cualquier caso la incorporación del mismo a la Constitución formal tiene carácter meramente declarativo, y no constitutivo; por ello la vulneración de este "Derecho supralegal" es una infracción de la Constitución, que convierte en inconstitucional a la disposición infractora.

<sup>383</sup> Vid., Nogueira Alcalá, H., *Consideraciones sobre poder constituyente y...*, cit., la alteración de estos contenidos estructurales o fundamentales del ordenamiento institucional implica una traición o un fraude a la Constitución, ya que elimina la estructura dogmático-constitucional básica de la convivencia institucionalizada, destruyéndose el orden constitucional o sustituyéndolo por otro. Para otros autores, la modificación de las normas que establecen la inmodificabilidad de otras normas materiales de la Constitución establecidas por el poder constituyente originario, deja de ser un acto constitucional para situarse en los límites de una ruptura constitucional o una manifestación de un fraude a la Constitución. Quienes asumen tal perspectiva, sostienen que ninguna fuente puede disponer de su propio régimen jurídico arrogándose un valor que constitucionalmente no tiene.

identitarios de la Constitución (unidad, la soberanía nacional o los valores de la convivencia), por su naturaleza metaconstitucional. La reforma *secundum legem* de la integridad territorial no está exenta de inconstitucionalidad si determina un impacto perturbador de la convivencia y presenta un deficiente fundamento democrático por no ser suficientemente demandada desde la sociedad <sup>384</sup>. Por estas razones y en sintonía con las Constituciones de nuestro entorno, cabría plantear una reforma de la “reforma constitucional” para delimitar el contenido esencial de la Constitución en su conjunto y dirimir la existencia de un núcleo indisponible por el poder constituyente <sup>385</sup>.

En relación a los límites de lo reformable, el punto de partida se centra en las actuaciones institucionales simbólicas, declaraciones políticas ficticias, vías de hecho, actos no consumados, disposiciones sin fuerza de ley, simulacros institucionales, desarrollados en un espacio intermedio entre la apariencia y la realidad constitucional. Las dificultades de contención jurídica a través de los mecanismos reglados de control de constitucionalidad, plantean el recurso a otros instrumentos alternativos e incluso, preventivos mediante una revisión constitucional.

En particular, la apertura de un debate jurídico sobre la oportunidad y constitucionalidad de nuevos mecanismos de control por el Tribunal Constitucional se ha suscitado a raíz de la impugnación por el Gobierno de la propuesta de investidura del expresidente autonómico y la adopción de medidas

---

<sup>384</sup> Resulta especialmente contundente la Constitución francesa afirmando que ningún procedimiento de revisión puede ser iniciado o llevado adelante cuando se refiere la integridad del territorio (artículo 89). Destaca Nogueira Alcalá, H., Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional, cit., para quien el ejercicio del poder constituyente reaparecerá cada vez que su titular, el cuerpo político de la sociedad, lo demande para generar un nuevo orden constitucional.

<sup>385</sup> Si el texto constitucional se puede modificar en su totalidad, o de una manera parcial que transforme uno o varios de sus elementos estructurales -por ejemplo, reconociendo el derecho de autodeterminación territorial, no cabe impedir en una norma legal la existencia de partidos que puedan perseguir objetivos que son susceptibles de alcanzarse reformando la norma fundamental; tampoco cabe excluir de un proceso electoral las propuestas que vayan en esa misma dirección.

cautelares no solicitadas e impugnación con efectos preventivos en Cataluña. Aunque también los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en cumplimiento del artículo 135 CE habían revelado con antelación una aplicación constitucional preventiva de su legislación de desarrollo <sup>386</sup>

La apariencia y la legitimidad aparente pueden generar una **inconstitucionalidad difusa** sin una fuente o causa puntual de infracción constitucional, mediante la confluencia de múltiples actos conexos cuya conjunción provoca el incumplimiento de la Constitución. Paralelamente los efectos inconstitucionales retardados o dilatados en el tiempo, suscitan el riesgo de constitucionalizarse a posteriori por la adhesión de la ciudadanía o el reconocimiento internacional. En consecuencia, las actuaciones e interpretaciones parlamentarias inconstitucionales y también de los poderes públicos, pueden consolidarse y constitucionalizarse pese a ser originariamente *contra legem* <sup>387</sup>. La impotencia del Tribunal Constitucional

---

<sup>386</sup> Reflexiona García-Escudero, P., “Sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución”, *Crónica Presupuestaria* Nº 1, 2013, “¿Puede el artículo 155 CE legitimar el establecimiento de un procedimiento previo, en forma de controles a las Comunidades Autónomas? ¿Las obligaciones constitucionales y legales de las Comunidades pueden amparar el establecimiento de controles por parte del Estado, como paso previo a la aplicación del artículo 155 CE? ¿Pueden amparar estos controles el nuevo artículo 135 CE o las competencias estatales *ex* artículo 149.1.13 y 14 CE?”; Albertí Rovira, El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, págs. 73 y ss., “En el plano interno, el nuevo marco supone sujetar a las Comunidades Autónomas al poder de supervisión y control del Estado, en términos más amplios y más incisivos que el marco anterior, que se justifica ahora directamente en el artículo 135 CE, como se ha indicado ya. Este poder se expresa a través del diseño detallado de procedimientos, que se integran en un mecanismo general de control que desemboca en las facultades extraordinarias de intervención que el artículo 155 CE atribuye al Estado. La intervención estatal *ex* artículo 155 CE no es nueva, sino que forma parte del diseño original de la Constitución. Pero sí lo es la previsión, detallada y minuciosa, de los supuestos y los procedimientos que, al menos en este campo, pueden conducir hasta ella, con una clara inspiración en el Derecho comunitario europeo”.

<sup>387</sup> Jellinek admite “mutaciones constitucionales derivadas de la práctica parlamentaria inconstitucional, bajo el argumento de que lo que aparece en un momento inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución. Pero no sólo interpretaciones parlamentarias

frente a los actos públicos aparentes, ficticios o simbólicos, las declaraciones políticas con potenciales efectos jurídicos y la exención de controles de constitucionalidad adaptados a la singularidad de una especie de *fake ius*, engendra el peligro de mutaciones constitucionales. El fenómeno de conversión de lo inconstitucional en constitucional sería viable a través de la confianza en la “apariencia de constitucionalidad”, la presunción de intranscendencia constitucional y la incapacidad de reacción de los actuales recursos.

Desde esta última perspectiva, los controles de constitucionalidad vigentes no permiten una impugnación preventiva para evitar efectos nocivos y la consumación de actos no sujetos al recurso de inconstitucionalidad. La necesidad de una respuesta constitucional *ex ante* sería con el fin de prevenir “hipotéticos o presuntos efectos” de extrema gravedad inconstitucional. La complicada retroacción jurídica de los efectos derivados de *la apariencia constitucional* se basa en la confianza ciudadana generada y la posible consolidación de la situación subyacente mediante actos posteriores que traen causa de la actuación originaria inconstitucional no impugnada. Por esta razón, emerge la controversia en torno a la ineffectividad del actual sistema de control de constitucionalidad *ex post facto*, para reaccionar contra el fraude constitucional.

La irrupción de un falso derecho ficticio o simulado, con base en la apariencia digital, cuestiona la exigencia de un control de constitucionalidad alternativo y proporcional a la gravedad de sus posibles efectos inconstitucionales y antijurídicos. En definitiva, la posverdad jurídica y su transversalidad en el Derecho reclaman un análisis prospectivo frente a una fenomenología *aparentemente* disruptiva con la realidad constitucional.

---

incorrectas pueden provocar esas mutaciones, también las puede producir la administración y los tribunales, pues esas actuaciones inconstitucionales pueden originar modificaciones de la Constitución cuando reiteradamente efectuadas se imponen en la práctica”.

#### 4.5. La indefensión constitucional ante la amnistía

La ingobernabilidad de Cataluña y España han contribuido a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, Ley Orgánica 1/2024, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (LOANCat), que según M. Aragón, ex Magistrado del TC constituye el ejemplo más palmario de corrupción política y jurídica para permanecer en el poder.

Se trata además de una Ley que puede calificarse de pretenciosa al nacer con honores de ley orgánica, excepcional e integral y proclamarse constitucional antes incluso de haber sido enjuiciada constitucionalmente. Al margen de perseguir un fin que no está a su alcance, como es la eficacia inmediata y la amnistía express, desactivando las cautelas de la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial europea.

Paralelamente muestra el perfil jurídico de una ley desconcertante por presentar una extraña bipolaridad basada en su consideración como un “monumento a la tergiversación”, una farsa o cortina de humo, inverosímil e inviable y de otro lado presentar una vertiente devastadora, rupturista con el Estado de Derecho y una ley tóxica por efectuar un ataque masivo a la espina dorsal del Derecho Constitucional, a sus mandamientos más sagrados y a sus principios inquebrantables.

En particular, la LOANCat transgrede la naturaleza intrínseca de la Constitución como norma al eximir de su sujeción a un grupo de ciudadanos y políticos durante más de trece años. De igual modo vulnera el Estado de Derecho en relación al principio de legalidad, división de poderes y derechos fundamentales con sus garantías. Respecto del imperio de la ley parece haber sido reemplazado por el imperio de la política. El Preámbulo de la Ley de Amnistía admite explícitamente que el principio de legalidad no es suficiente y debe ceder en aras del interés general. En relación a la división de poderes perturba la función judicial e interfiere en la aplicación e interpretación con advertencias y mandatos a los jueces, obligándoles a la puesta inmediata en

libertad y al alzamiento de las medidas cautelares, sin atender a su función interpretativa.

No obstante, la reciente STC 137/2025, de 26 de junio de 2025 descarta que la amnistía sea contraria al principio de separación de poderes, a la reserva de jurisdicción (art. 117.3 CE), así como a la obligación constitucional de ejecutar las resoluciones judiciales firmes (118 CE). En el otorgamiento de una amnistía, el Parlamento no está reemplazando a los tribunales en la determinación de la culpabilidad, sino estableciendo que, por motivos extrajurídicos, se extingue la responsabilidad punitiva que pueda derivarse de la comisión de determinados ilícitos cometidos en el pasado. Por estas mismas razones este tipo de leyes tampoco vulneran la obligación constitucional de ejecutar las resoluciones judiciales firmes (art. 118 CE). En definitiva, las leyes de amnistía ni juzgan ni ejecutan lo juzgado.

El origen de este texto legal procede de la redacción del artículo 79 de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la Republica Catalana que dispone: "los juzgados y tribunales sobreseen o anulan los procesos penales contra investigados o condenados por conductas que buscasen un pronunciamiento democrático sobre la independencia de Cataluña o la creación de un nuevo Estado de forma democrática y no violenta". La intromisión en el poder judicial se fundamenta en el hecho de que el legislador perturba el principio de exclusividad jurisdiccional, al admitirse explícitamente el hecho de que la Ley de Amnistía no enjuicia, sino que modifica el parámetro de su enjuiciamiento <sup>388</sup>. De igual modo, el plazo legal de dos meses para la aplicación de la Ley de Amnistía desincentiva el planteamiento de cuestiones inconstitucionalidad ante la presión de incumplir la legalidad.

Su impacto negativo afecta a derechos fundamentales como la igualdad, la integridad física y moral, además de la tutela judicial efectiva. En particular, la discriminación por razones ideológicas y políticas deriva de la exención a un

---

<sup>388</sup> Según la STC 174/1986, una amnistía conlleva un reproche a los Tribunales de Justicia que aplicaron la ley correctamente

grupo del cumplimiento de la Constitución. El deber de obediencia a la Constitución se exceptúa para una pluralidad de sujetos mediante una ley de amnistía elaborada *ad personam*, destinada a individuos concretos que incluso ha sido cuestionado en el informe de la Comisión de Venecia. Al respecto, la referida STC de 26 de junio de 2025 reconoce la adecuación de la ley al principio de igualdad, admitiendo que “introduce una diferenciación de trato entre conductas formalmente similares, según hayan tenido lugar dentro o fuera del contexto del “procés” aunque no con el alcance que alegan los recurrentes. Así, es cierto que la LOANCat contiene un trato más beneficioso para quien ha lanzado una piedra en un acto de protesta independentista en comparación con quien ha realizado esa misma conducta en un acto de protesta contra un desahucio, pero la propia LOANCat también establece un trato más favorable o beneficioso para el funcionario de policía que, para impedir ese mismo acto independentista, comete algún hecho que pueda reputarse delictivo, excediéndose en el ejercicio de sus funciones”.

Por esta razón, la igualdad como principio medular del sistema constitucional quiebra ante la proclamación de sujetos inmunes al Derecho aun cometiendo conductas antijurídicas, sin responsabilidades penales ni administrativas <sup>389</sup>. En consecuencia, el artículo 9.2 CE también se infringe al promover el poder legislativo no la igualdad sino la desigualdad real de los grupos.

La inaplicación de la igualdad afecta también al derecho fundamental a integridad física y a las víctimas del terrorismo callejero, sin que la delimitación legal de este último concepto garantice la protección de los más de doscientos heridos y varios incapacitados por lesiones. El derecho fundamental a integridad física no se subordina al requisito de un umbral mínimo de gravedad ni al miedo o angustia que impide la resistencia moral o física. El derecho a

---

<sup>389</sup> Señala el artículo 19.1 LFB, “Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”.

tutela judicial efectiva resulta lesionado al limitar la Ley de Amnistía la tutela cautelar contraria al ejercicio de la cuestión de inconstitucionalidad <sup>390</sup>.

En relación a la protección de derechos fundamentales, la LOANCat dispone un régimen más garantista que el establecido con carácter general para cualquier ciudadano normal, no sólo por la discutible la reserva de ley orgánica y su aplicación directa e inmediata, sino por la atribución de un procedimiento más preferente y urgente que a los titulares de derechos fundamentales vulnerados. El plazo de dos meses y su alegación en cualquier fase del procedimiento incorpora un régimen excepcional y privilegiado a los beneficiarios de la amnistía <sup>391</sup>.

La indefensión constitucional ante la amnistía debe plantearse en principio no como una afirmación sino como un interrogante que conduce a cuestionar el fracaso de los contrapesos entre poderes y los controles institucionales <sup>392</sup>.

Para Fernández Fontecha, Letrado de las Cortes, se ha producido un fallo sistémico global pues el custodio no ha defendido la Constitución, a lo que

---

<sup>390</sup> En este sentido, Jiménez de Parga en la STC 229/2003 (voto particular) afirmó que el derecho de gracia es no es acto de administración de justicia, sino que impide la justicia.

<sup>391</sup> El Tribunal Constitucional español ha justificado la amnistía definiéndola como una “operación excepcional” para eliminar las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa que se rechaza hoy “por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político” (STC 147/1987).

<sup>392</sup> STEDH de 22 junio 2023 La primera tiene que ver con el debilitamiento de los mecanismos nacionales de protección del Estado de Derecho. En su voto particular la jueza española María Elósegui señala que en los últimos años el TEDH ha recibido numerosas demandas de jueces buscando protección para sus derechos, lo cual ella relaciona con las advertencias respecto al retroceso en las democracias occidentales en cuestiones básicas relacionadas con el Estado de Derecho y la separación de poderes. En este contexto, la jueza afirma que el presente asunto afecta a la misma esencia de la independencia judicial, teniendo en cuenta, en particular, lo que está sucediendo en España en torno a la renovación paralizada del CGPJ y sus efectos sobre todo el sistema judicial. Es preocupante, en este sentido, que la tutela de equilibrios básicos entre poderes haya tenido que buscarse, en este como en otros casos, fuera de las fronteras nacionales.

habría que añadirse que además es multiorgánico pues las instituciones han ido cayendo en lo que Freixes considera una tela de araña (Tribunal Constitucional, Fiscalía, Consejo de Estado...).

Respecto a la posible salida de emergencia en este contexto M. Aragón admite que sólo queda el recurso a las instituciones europeas, por lo que la externalización se presenta como la única respuesta. A propósito de la amnistía debe plantearse la posibilidad de que la Constitución pueda servir de cauce para su autodestrucción y la del sistema jurídico.

La respuesta a esta cuestión obliga a recurrir a las garantías de autodefensa en otras Constituciones extrapolables al escenario de la amnistía, y también al Derecho privado por su “especial transcendencia constitucional” en virtud de su experiencia milenaria frente a los dos siglos de constitucionalismo y el modelo de supervivencia y longevidad que representa el ordenamiento civil.

En primer lugar, desde una perspectiva comparada, se analizan en este epígrafe determinadas cautelas de autoprotección imprevistas en la Constitución española y aplicables al desafío de la amnistía. Conviene partir de la regulación excepcional de la amnistía en algunas Constituciones (Francia y Portugal) otorgándole legitimidad y carta de naturaleza para su configuración legal <sup>393</sup>. En Alemania se aplicó para desnazificación, en Italia y Francia como consecuencia de la guerra mundial y en Portugal por el cambio de régimen tras la dictadura. Sin embargo, la Constitución española excluyó la amnistía de su articulado y las enmiendas previas y tampoco aparece en las actas de debate de la Comisión Constituyente. Según el informe del CGPJ no está reconocida en el derecho español y se sobreentiende la razón, pues su tipificación significaría admitir de origen que la Constitución no era justa.

A diferencia de otras Constituciones que incluyen cláusulas de intangibilidad impidiendo la reforma de cuestiones como la forma republicana

---

<sup>393</sup> Según M. Aragón el indulto no podría existir si no estuviera en el texto constitucional. “No estando prevista la amnistía, el legislador no puede realizarla”.

de gobierno (artículo 89 Francia) y el Estado federal (Alemania), en el texto español todo es reformable incluso la unidad y la integridad territorial como ha confirmado el TC (“la permanencia del Estado puede ser reconsiderada y decidida por todos por el procedimiento de reforma del artículo 168 CE”, STC 12 marzo 2003) <sup>394</sup>. En esta línea el Preámbulo de la LOANCat señala que las metas a perseguir dentro del marco constitucional son plurales”.

Ahora bien, el artículo 2 CE establece que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación, patria común e indivisible...”. En consecuencia, la reforma de la integridad territorial como fundamento de la Constitución implicaría su propia autodestrucción. Al margen de que favorece atajos inconstitucionales para una reforma encubierta apartándose del procedimiento constitucional que exige una férrea mayoría y la sumisión a referéndum. No obstante, la posibilidad de reforma la unidad de la nación implica una extralimitación del constituyente y del Tribunal Constitucional considerando que se trata de un legado histórico irreformable.

En relación a los partidos políticos, algunas Constituciones establecen ciertos límites y no únicamente la exigencia de una estructura y funcionamiento democrático (artículo 6 CE). En particular la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 21.3 dispone la inconstitucionalidad de los partidos políticos que pongan en peligro la existencia del Estado mediante decisión de la Corte Constitucional <sup>395</sup>. La razón de esta cautela en el texto constitucional alemán

---

<sup>394</sup>La reforma constitucional presenta límites mediante cláusulas de salvaguarda en la Constitución francesa (artículo 89, sobre forma republicana de gobierno) y la Constitución italiana (artículo 139), respecto a la forma republicana que “no podrá ser objeto de revisión constitucional”. Tajadura es uno de los autores que defienden la intangibilidad de determinados elementos esenciales de la Constitución y lo hace por la vía de entender que el poder soberano, una vez ha fijado su posición en una Constitución, queda impedido para una ulterior vuelta atrás porque el concepto mismo de Constitución requiere de estabilidad.

<sup>395</sup> El artículo 21 señala: “Serán anticonstitucionales los partidos que en virtud de sus objetivos o del comportamiento de sus afiliados se propongan menoscabar o eliminar el orden básico demoliberal o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana. El Tribunal

responde a la experiencia traumática de la Guerra Mundial, mientras en España la Guerra Civil no influyó en la previsión de límites a los partidos políticos por el constituyente y se permite incluso su utilización como arma electoral. La Constitución española no contempla la hipótesis relativa a la inconstitucionalidad de los partidos políticos que ataquen la unidad del Estado ni su disolución. Por el contrario, en la práctica se negocia políticamente con aquellos partidos políticos que transgreden la Constitución actuando con el fin de conseguir la fragmentación territorial.

De otra parte, el poder legislativo presenta límites en la LFB alemana basados en el orden constitucional y los derechos fundamentales, mientras la Constitución española sólo dispone una norma general de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9 CE) <sup>396</sup>. Al margen de establecerse incluso de un derecho de resistencia de todos los alemanes contra cualquiera que intente eliminarlo y no fuere posible otro recurso. El artículo 28 del texto constitucional alemán impone que “el orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social.

La LOANCat reconoce expresamente el poder omnímodo de las Cortes Generales y su naturaleza de acto soberano del legislador, aunque un sector doctrinal advierte que el poder legislativo sólo se puede legislar sobre lo expresamente autorizado y “amnistiar no es legislar”. El Anteproyecto de 5 de enero de 1978 diferenciaba entre la potestad legislativa y el otorgamiento de la amnistía como funciones del poder legislativo diferenciando entre ambas, y al

---

Constitucional Federal se pronunciará sobre la cuestión de anticonstitucionalidad. 3. Una ley regulará los detalles de aplicación”.

<sup>396</sup> Artículo 10. 3LFB. “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable. La LFB 20 3. El Poder Legislativo (die Gesetzgebung) estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo (die vollziehende Gewalt) y el Judicial (die Rechtsprechung) estarán sujetos a la ley y al derecho. 4. Todo alemán tendrá derecho de resistencia (Recht zum Widerstand), cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”.

suprimirse deliberadamente debe interpretarse que no está incluida entre las funciones del poder legislativo. H. Spencer señalaba que *la función del legislativo en el pasado fue poner límites al poder del Rey y en el futuro será poner límites al poder de los parlamentos*.

Por último, en la Constitución francesa se afirma que “ningún sector del pueblo podrá irrogarse la soberanía nacional” (artículo 3), reconociendo que no es posible su fragmentación. A diferencia de la Constitución española que sólo a propósito del referéndum establece que “las decisiones de especial transcendencia constitucional podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos” (artículo 92).

Respecto de las amenazas a la nación como su “independencia, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales...el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido”, se prevé la adopción de medidas artículo 16 Constitución francesa). La Constitución italiana (artículo 120) permite al Gobierno “subrogarse a los órganos de las Regiones, de las Ciudades Metropolitanas, de las Provincias y de los Municipios en caso de incumplimiento de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria, o bien en caso de peligro grave para la incolumidad y seguridad pública, o cuando así lo exigiera la defensa de la unidad jurídica o económica y, en particular, la salvaguardia de los niveles básicos de las prestaciones relativas a derechos civiles y sociales, sin tener en cuenta los límites territoriales de los gobiernos locales” <sup>397</sup>.

Desde la perspectiva del derecho civil, puede destacarse su contribución a reforzar la protección jurídica ante la amnistía integrando los vacíos y lagunas

---

<sup>397</sup> El artículo 126 de la Constitución italiana también señala que “por decreto razonado del Presidente de la República se dispondrá la disolución del Consejo Regional y el cese del Presidente de la Junta que hubieren realizado actos contrarios a la Constitución o incurrido en violaciones graves de la ley”. “Cuando el Gobierno estimase que una ley regional excede de las competencias de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en el plazo de sesenta días a partir de su publicación” (artículo 127).

constitucionales a través del Título Preliminar y otras garantías del ordenamiento privado. La primacía del derecho constitucional no impide el recurso al ordenamiento civil como derecho común en relación al sistema de fuentes y el Título preliminar, así como en aspectos contractuales.

En particular, la Constitución adolece del orden de fuentes previsto por el derecho civil pese a regularse las principales fuentes constitucionales de modo disperso. Como la costumbre que también es fuente del derecho constitucional y si la amnistía no se ha aplicado desde 1978 debe entenderse que es inconstitucional (Fontecha).

Así mismo la regulación de los principios informadores del derecho regulados en el artículo 1.3 CC como fuente incluso por encima de la Ley resulta plenamente aplicable, y justifica la aplicación preferente del principio de igualdad sobre la Ley de Amnistía dada su naturaleza de informadora.

Las normas de interpretación y aplicación reguladas en el Código Civil contribuyen igualmente a garantizar la Constitución frente a la amnistía. En concreto, el espíritu de la ley pese a que el constituyente no haya previsto el espíritu constitucional y hubiera sido necesario para facilitar su interpretabilidad tratándose de una norma básica y minimalista. La amnistía no puede considerarse acorde con el espíritu constitucional, considerando que no todo lo que no está prohibido por la Constitución debe considerarse permitido tratándose de una norma minimalista. En contra la STC 137/2025, de 26 de junio de 2025 afirma que “el silencio constitucional no puede interpretarse como una prohibición de tal institución. Todo lo que no está constitucionalmente vedado queda, en principio, dentro del ámbito de decisión del legislador, sin que sea exigible una habilitación constitucional expresa a las Cortes Generales que, en virtud del principio democrático, ocupan una posición central en nuestro ordenamiento jurídico”.

En atención al precedente de inadmisión por la Mesa del Congreso de una Proposición sobre la Amnistía por entender que se trataba de un indulto general, también puede fundamentarse el rechazo constitucional de la amnistía. Sin que pueda contraargumentarse la amnistía fiscal puesto que ésta no anuló

condenas ni fue incondicional, exigiendo una declaración tributaria complementaria.

Desde un punto de vista civil, un sector de la doctrina constitucionalista admite la aplicación analógica del artículo 6.4 CC para rechazar la amnistía, en base a la semejanza e identidad de razón con el indulto y la naturaleza de ambas como medidas colectivas de gracia.

En cuanto a la buena fe prevista en el Título preliminar del Código civil no ha sido desarrollada en su vertiente de lealtad constitucional de las instituciones y poderes del Estado <sup>398</sup>. En contraste con el derecho privado, civil y mercantil que imponen a los mandatarios y representantes de las sociedades deberes de lealtad y de abstención. El Código ético de los parlamentarios sólo regula el deber de respetar el interés general pero no impone una obligación de abstención en caso de conflictos de intereses.

Otra de las vertientes de la buena fe, la doctrina de los actos propios, debería tenerse en cuenta para proteger la Constitución ante la amnistía. Así las declaraciones del Gobierno en contra de la amnistía han generado una confianza en los ciudadanos que habría de impedirle actuar contra sus propios actos. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1988, de 21 de abril establece que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, *significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos*. De igual modo, la STC 21 abril de 1988 admite la

---

<sup>398</sup> Según la STC 101/1983 los ciudadanos tienen el deber de abstenerse y los poderes públicos un deber positivo de ejercer sus funciones con lealtad constitucional.

aplicabilidad a relaciones de derecho público, con la imposibilidad de adoptar comportamientos contradictorios.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2007 (nº rec.843/2004) señala que “el principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias de 1 de febrero de 1990, 13 de febrero de 1992, 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997). La jurisprudencia admite los actos propios de la Administración que se manifiesten, no sólo cuando la Administración exterioriza su parecer, de manera expresa y positiva, "sino que también puede mostrarse mediante actos tácitos o presuntos, con tal que sean concluyentes e inequívocos en relación con la evidencia de la conducta de la Administración reflejada en ellos”.

En cuanto al fraude de ley, a diferencia del Código Civil, tampoco la Constitución española ha previsto su equivalente mediante el fraude constitucional ni la posibilidad de ser defraudada. Desde una perspectiva doctrinal, excepcionalmente P. de Vega lo define como la consecución de un fin no querido por el constituyente profundizando en los límites implícitos a la reforma constitucional. Así como la utilización de un procedimiento de reforma para sin romper con el sistema de legalidad establecido proceder a la creación de un nuevo régimen político y orden constitucional diferente.

Otros juristas sostienen que el fraude constitucional es “... el mecanismo mediante el cual se mantiene un aparente respeto a los principios del Estado de derecho a través de la fachada constitucional...”. En la doctrina francesa el 'falseamiento de la Constitución' (faussement de la Constitution), alude al fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen”.

La regulación de la amnistía se ha aprobado al amparo de la Constitución para producir un fin prohibido y contrario a la misma, si bien no produce una vulneración frontal ni es “palmariamente inconstitucional”, precisamente por incurrir en fraude de ley. Sin embargo, a raíz de esta norma

pueden detectarse varias singularidades como son el fraude de ley y el fraude masivo de ley, imprevistos por el Código Civil.

En relación al primer aspecto parte de la base de que son los jueces quienes van a defraudar la Ley de Amnistía y pretende anticiparse a ello con medidas impositivas en su interpretación y aplicación, aunque en realidad su finalidad es evitar la aplicación de la figura del fraude de ley. En relación al fraude masivo o múltiple, la Ley de Amnistía puede implicar un ataque a numerosas normas constitucionales entre las que destacan las siguientes. Se defrauda la prohibición constitucional de indulto general al ser derogado de hecho por la reforma del artículo 130 CP previsto en la Ley de Amnistía que extingue la responsabilidad penal por la amnistía y el indulto.

De otra parte, la amnistía implica una reforma constitucional encubierta que defrauda el artículo 168 Constitución inviable en la actualidad por exigir una mayoría inalcanzable en las Cortes y la necesidad de un referéndum. Según el Informe del Senado «la fundamentación del conflicto se basaría en el fraude constitucional...el Congreso de los Diputados, al tramitar la proposición de ley de amnistía por el procedimiento legislativo ordinario, **está menoscabando la atribución constitucional del Senado** de tramitación de las reformas constitucionales reconocida en el Título X de la Constitución y en el Título V del Reglamento del Senado».

De igual modo cabe destacar la modificación encubierta del artículo 35 LOTC por la privación del efecto suspensivo a la cuestión de inconstitucionalidad. Según el auto del Tribunal Constitucional 272/1991 (FJ 2º), que ratifica la decisión del juez que, suspendiendo la decisión a tomar, dejó de aplicar provisionalmente la norma a su asunto concreto hasta que se resolviera la cuestión planteada. El TC señala que *pretender que el juez que plantea la cuestión deba dictar, no obstante tal planteamiento, la resolución en la que se aplique la norma cuestionada, es algo “incongruente con la regulación contenida en la LOTC y con la práctica universal de la cuestión de inconstitucionalidad en todos aquellos ordenamientos que la prevén”*. Si hubiera que aplicar en el proceso la ley cuestionada, entonces, dice el TC, la institución de la CI *“quedaría desnaturalizada, reducida a una especie de recurso en interés*

*de la Constitución, sin consecuencia alguna para las partes del proceso a quo, cuyos derechos fundamentales quedarían así definitivamente hollados si la norma aplicada fuese efectivamente contraria a la Constitución”.*

El uso fraudulento de la figura de la proposición de ley en vez de proyecto de ley resulta significativo y se fundamenta en el fin de evitar los informes preceptivos del CGPJ y del Consejo de Estado, además de haber sido impulsada por el gobierno en funciones.

Entre las normas defraudadas destaca además el artículo 81 CE sobre las materias reguladas por Ley Orgánica pues según el informe del Senado “la amnistía no está estrictamente dispuesta en la Constitución, sino que se autoasignan ese carácter”. Añade que la reserva de ley orgánica “está limitada a las materias a las que la Constitución expresamente reserva este carácter, que constituyen una relación cerrada, y entre las que no se encuentra, evidentemente, la amnistía”. En suma, la amnistía no puede incluirse en los casos tasados de la LO al no tratarse de una lista abierta y reducirse a los supuestos previstos en la Constitución.

Respecto de la cuestión de inconstitucionalidad aparece defraudada considerando que los efectos suspensivos forman parte de su contenido esencial según T. Freixes. Por último, el fraude de derecho parlamentario deriva de la falsa urgencia, la remisión a la Comisión de Justicia y no de Asuntos Constitucionales y a la repetición de la votación en el Pleno.

La figura de la causa constituye una laguna constitucional aunque debería aplicarse a la LOANCat por adolecer de motivación, ya que su Preámbulo justifica que la razonabilidad deriva de argumentos cuestionables como *la alta tensión política* y la proporcionalidad se escuda en el *elenco de actos tipificados*. En consecuencia, la referida ley no superaría el test de proporcionalidad respecto de la idoneidad, fin y necesidad, intervención mínima y ocasionar más perjuicios que ventajas.

Sobre el elemento causal, el Presidente del CGPJ admitía que es una ley paccionada, una transacción sin precedentes con forma de contrato sinalagmático y oneroso que difícilmente superaría los criterios de validez del

artículo 1276 CC regulador de la causa falsa e ilícita <sup>399</sup>. Desde esta perspectiva, la Ley de Amnistía constituye un supuesto insólito por ser una ley contractualizada y negociada que conforme a esta naturaleza debería reunir el requisito civil de la causa.

En concreto, la causa falsa conduce al terreno de la simulación y en última instancia de la apariencia. Este fenómeno, a diferencia de derecho constitucional, se ha previsto en el ámbito civil, a través de figuras como el Registro de la Propiedad, el tercero registral o la apariencia de buen derecho (*fummus boni iuris*) con efectos de convalidación. Sin embargo, las consecuencias jurídicas no pueden ser similares puesto que la apariencia se convierte en una amenaza constitucional y un arma política, social y jurídica mediante la desinformación, las *fake news* y el peligro de adulteración de las democracias. La apariencia puede crear una realidad paralela a la constitucional suplantándola y una legitimidad aparente, escapando al control de constitucionalidad.

En la actualidad, la apariencia constitucional se sustenta en los actos simbólicos y los relatos que suelen eludir los controles jurídicos por su escasa relevancia, baja intensidad o su carácter difuso, aunque representan el peligro de socavar la democracia y la Constitución.

En primer lugar, durante la crisis territorial se ha recurrido con frecuencia a los actos simbólicos para reemplazar a la Constitución y vulnerarla eludiendo la aplicación de consecuencias penales. Así el Tribunal Constitucional impugnó resoluciones parlamentarias que pretendían dar validez al proceso independentista y el Gobierno ante la avalancha de actos simbólicos del parlamento se encontró en la tesitura de recurrir los actos que tuvieran un

---

<sup>399</sup>Según la STS 17 de enero de 1985 en nuestro ordenamiento positivo dicho elemento se halla constituido en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones -sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1974 y 8 de julio de 1983, entre otras-, fin inmediato al que la atribución se dirige, y en consecuencia cifrada la causa en la finalidad genérica prevista por la norma.

mínimo de eficacia jurídica <sup>400</sup>. Durante los juicios por delitos relacionados con la declaración unilateral de independencia se alegó que fue un acto simbólico sin eficacia jurídica. En realidad, el proceso separatista se articulaba en torno a actos aparentemente pacíficos durante más de veinte años para subvertir el orden constitucional y adquirir una legitimidad aparente mediante la consulta del 1 de octubre.

Y atendiendo a los relatos, T. Freixes afirma que se ha asumido el marco mental del secesionismo. En esta línea, la ley de Amnistía constituye un relato de baja calidad que se presenta como una herramienta para favorecer el marco legal y utiliza un lenguaje falaz cuando se refiere a los actos dolosos con resultado de muerte, a hechos en vez de delitos y utiliza el término de soberanía popular y no soberanía nacional porque mientras aquella se basa en la democracia y el poder del pueblo adaptándose a los objetivos del independentismo, esta última presupone la idea de un Estado contraria a sus principios.

En definitiva, la “especial transcendencia constitucional” de la apariencia se aparta de la teoría de la apariencia jurídica en el ámbito privado y sus efectos garantistas. El Derecho constitucional no ha desarrollado una construcción doctrinal y jurisprudencial en torno a los actos aparentes. Ha sido a propósito de la crisis territorial en Cataluña cuando ha comenzado a dirimirse la eficacia jurídica imputable a las actuaciones ficticias, simbólicas o simuladas de los poderes públicos autonómicos, por los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional.

Las continuas y reiteradas “ficciones jurídicas” en el conflicto territorial de Cataluña, como la celebración de un debate de investidura telemática al margen del Reglamento parlamentario, la creación de estructuras paralelas de

---

<sup>400</sup> La STC 259/2015 impugna las Resoluciones del parlamento de Cataluña porque podrían ser entendidas como intento de dar validez al proceso constituyente en Cataluña. La STC 42/2014 de 25 de marzo aborda la legitimidad institucional aparente y a extralimitación de competencias,

Estado, ejecutivas y legislativas, e incluso una República digital, pertenecen al campo de la apariencia constitucional. La posición ante los actos aparentes se debate entre la irrelevancia constitucional y el control de constitucionalidad de los efectos jurídicos presumibles, previsibles o reales.

La confianza en la apariencia constitucional y en la legitimidad aparente puede incitar a la confusión y engaño en cuanto a la eficacia jurídica de las actuaciones, decisiones y declaraciones políticas. Más concretamente, la activación de la maquinaria constitucional o la intervención del Tribunal Constitucional puede depender de la gravedad de efectos jurídicos, potenciales o reales. En contextos excesivamente politizados, el control de constitucionalidad de los actos aparentes puede ser objeto de transacción, negociación política o de ponderación basada en su intranscendencia jurídica (o política).

# Bibliografía

- AA.VV., La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho (Dir.Aragón, Gimbernat y Ruiz Robledo), Editorial Colex, 2024.
- AA.VV., Manual sobre derechos fundamentales, Teoría General, Ed. Contreras/Salgado, Colección Derecho en Democracia, Chile, 2020.
- AA.VV., “Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras”. *Revista de calidad asistencial*, Nº 23, 6, 2008.
- Albert Márquez, M., “El derecho a "recibir ayuda a morir" en la proposición de Ley Reguladora de la Eutanasia”, *Anuario de derecho eclesiástico del estado*, Nº37, 2021.
- Albertí Rovira, “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 98, mayo-agosto, 2013.
- Aldunate, “La Colisión de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho y Humanidades*, Nº 11, 2005.
- Alenza García, J. F., “Una nueva ley para una nueva era (sobre la ley española de cambio climático y transición energética)”, *Revista electrónica de derecho medioambiental*, Nº 38-39, 2021.
- Alexy, R., Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Alfaro Aguila-Real, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, Nº 1, 1993.
- Alonso Olea, M., La renuncia de derechos del trabajador, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- Alonso Salgado, “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación”, <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle>.
- Álvarez Conde, E., “El sistema constitucional de derechos fundamentales”, *Corts: ADP*, Nº 15, 2004.
- Álvarez Del Río, A., “Eutanasia y suicidio médicamente asistido. ¿Cuál es el problema?”, *Revista de Investigación Clínica*, Nº 66, 3, 2014.
- Álvarez Gálvez, I., “Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 5, 2002.
- Álvarez Ramos, F., “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, *International e-Journal of Criminal Science* Artículo 3, Nº 2, 2008.

- Alvear Tellez, Julio/ Barrientos Camus, Francisca/ Alcalde Silva, Jaime, “El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas”, *Rev. derecho (valdivia)* [online], Vol.35, Nº 1, 2022.
- Alventosa del Río, J., “La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia” *Revista Boliviana de Derecho*, Nº33, 2022.
- Alzaga Ruiz/ Sánchez Trigueros, El trabajo a distancia: una perspectiva global, Pamplona, Aranzadi, 2021.
- Alzaga Ruiz/Sánchez Trigueros, El trabajo a distancia: una perspectiva global, Pamplona, Aranzadi, 2021.
- Anzures Gurría, J., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuest. Const.* Nº 22 Ciudad de México ene./jun 2010.
- Aragüez Valenzuela, L., “Desafíos de la digitalización de las relaciones laborales: algoritmos, robotización y trabajo a distancia”, *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)* 1, 2022.
- Arana, C., “Contrato de consumo: cláusula abusiva”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Nº 10, 2015.
- Armenta Deu, T., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: Vinculación europea y análisis crítico”, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 44, 2018.
- Arroyo Gil, A., “El derecho a una muerte digna en el ordenamiento constitucional Español”, en Jiménez Campo y otros (dirctores). *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría / Manuel Aragón Reyes*, 2019.
- Arrúe Mendizábal, M., “Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos vs el control por parte de la Administración”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 54, 2019.
- Arruego Rodríguez, G., “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español”, *Indret*, Nº 2, 1-26.2009.
- Avilés Navarro, La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad
- Ayuso, C., “La aprobación de la ley de amnistía y el poder judicial”, *Iustel* 1 abril 2024.
- Azulay Tapiero, A., “Los principios bioéticos ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal?” *Anales de Medicina Interna*, Nº18, 12, 2001.
- Balaguer Callejón, F., *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.
- *La Constitución del algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.
- Baño León, J., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 24. Septiembre-Diciembre, 1988.
- Barona Villar, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso to Justice Luces y sombras en Europa”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2014.

- Barreiro González, G., “La disponibilidad de derecho de huelga y su garantía en la Constitución”, *CEPC*.
- Barrón Arniches, P., “Vulneraciones automatizadas del derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 11, Nº. 1, 2024.
- Bastida Freijedo, F., “*El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente*”, en *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida* (Coord. Presno Linera) Oviedo: Institución de la Procuradora General del Principado de Asturias, 2012.
- Bátiz J./ Loncan, P., “Problemas éticos al final de la vida”, *Gaceta Médica de Bilbao*. Nº 103, 2, 2.006.
- Baz Rodríguez, J., (2019): “Protección de datos y garantía de los derechos digitales laborales en el nuevo marco normativo europeo e interno (RGPD 2016 y LOPDP-GDD 2018)”, *Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS*, 2019.
- Benítez Eyzaguirre, L., *La invisible perspectiva de género en la transparencia*, en *Transparencia y Participación para un gobierno abierto* (Coords. Sierra Rodríguez/Sánchez de Diego), Madrid, Wolters Kluwer, 2020.
- “Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, Nº 3, 2019.
- Beauchamp, T. L., y Childress, J. F. Principios de ética biomédica (edición en castellano). Barcelona: Masson, S.A., 2019.
- Belando Garín, B., *La mediación administrativa: una realidad jurídica*, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos* (Coord. López Ramón), ISBN 978-84-7351-447-7, 2015.
- Benítez Eyzaguirre, L., “Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género”, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, Nº3, 2019.
- La invisible perspectiva de género en la transparencia, en *Transparencia y Participación para un gobierno abierto* (Coords. Sierra Rodríguez/Sánchez de Diego), Madrid, Wolters Kluwer.
- Benitez Pinedo, J., *La reparación del daño por violación de derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Barcelona, 2015.
- Berrocal Lanzarot, A. I., “La regulación de la eutanasia y del suicidio asistido en España. Análisis jurídico-crítico de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2021.
- Bonilla Sánchez, J., “El derecho a morir dignamente en Andalucía, Espacio y Tiempo”, *Revista de Ciencias Humanas*, 2011.
- Boladeras i Cucurella, M. “Bioética: Definiciones, prácticas y supuestos antropológicos”. *Thémata. Revista de Filosofía*, Nº 33, 2004.
- Braguie Camazano, Los límites a los derechos fundamentales, *Dykinson*, ISBN: 9788497725149, 2004.
- Bustos Pueche, J., *La doctrina de la apariencia jurídica. (Una explicación unitaria de los artículos 34 LH y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia)*, Madrid, 1999.
- Busto Lago, “Mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos de consumo

- Cambrón Infante, “¿Existe un derecho a morir? Aproximación al tema de la muerte”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universida de da Coruña*, Nº6, 2002.
- Campos Calderón; Sánchez Escobar; Jaramillo Lezcano, “Consideraciones acerca de la eutanasia”, *Medicina Legal de Costa Rica*, Nº18, 1, 2001.
- Cámara Villar/López Aguilar/Balaguer Callejón/Montilla Martos, *Manual de Derecho Constitucional* (Coord. Balaguer Callejón), Vol. I, Madrid, Tecnos, 2022.
- Canet Sastre, J., Alternativas a la judicialización de los conflictos desde Roma hasta la actualidad”, *Revista de derecho UNED*, Nº 14, 2014.
- Canosa Usera, R. “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 94, 1996.
- El derecho a la integridad personal, Valladolid: Lex Nova-IVAP, 2007.
- ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente? *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Nº 7. 1, 2006.
- Cañamares Arribas, S., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 108, 2016.
- Carballo Martínez, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.
- Carnicer Díaz, C, *El acceso a la justicia en España*, en Lecciones sobre justicia internacional (Dir. Gamarra Chopo), ISBN 978-84-9911-020-2, 2009.
- Carreras, F., “Una amnistía contra la Constitución”, Iustel 13 de marzo 2024.
- Carretero Morales, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, Dykinson, 2016.
- Carretero Pérez, “Causa, motivo y fin del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Nº 58. 1969.
- Carrillo Donaire y Galán Vioque. “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? (Comentario en torno al asunto López Ostra c. España, resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994”. *Boletín de Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 178, 1994.
- Castillo Córdoba, L.F., “Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, nº 12, 2005.
- Castro Jover, B. “La mediación penal como práctica restaurativa en la fase de ejecución penal”, *Diario La Ley*, Nº 9710, 2020.
- Catalán Chamorro, M., “El derecho fundamental de acceso a la justicia de los consumidores”, *Estudios de Deusto*, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018.
- Cazorla González, M. J., “La mediación de consumo en el arbitraje institucional”, 2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009.
- Chamorro Oter, “La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo”, [www.madrid.org › revistajuridica › attachments › article](http://www.madrid.org › revistajuridica › attachments › article),

- Chueca Rodríguez, Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia, Proyecto I+D SAF2002-03693 del Ministerio de Ciencia y Tecnología y del Proyecto ACPI2003/07 del Plan Riojano de I+D+I del Gobierno de La Rioja.
- “El marco constitucional del final de la propia vida”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°85, 2009.
- Cifuentes Mateo, D., “Los derechos laborales digitales y su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores”, *Revista Jurídica Pérez Llorca*, 2019.
- Ciro Milione, El derecho a la tutela judicial efectiva entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tirant lo Blanch, Valencia, ISBN: 9788490862940, 2015.
- Cohen Benchetrit, A., “Deber del juez de controlar de oficio las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores en el seno del concurso de acreedores”, *REVISTA LEX MERCATORIA. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación* RLM, N°5, 2017.
- Comité de Bioética de España. Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación. 30 de septiembre de 2020. [en línea]. Disponible en: <https://copecdnmed.agilecontent.com/resources/pdf/9/9/1602226331599.pdf>. [Consulta: 13 junio 2021].
- Comisión Sociosanitaria de Comités de Ética de Euskadi. (2020). Informe de posicionamiento ética y valorativo acerca de la posible despenalización y regulación de la eutanasia y el suicidio médicamente asistido. 09 de diciembre de 2020.
- Cortez G. (2006). “Aspectos bioéticos del final de la vida: El derecho a morir con dignidad”, *Cuadernos Hospital de Clínicas*, 51, 2, 97-102.
- Conforti, F., Generalidades Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos. Clarificando conceptos conceptos, “Artículos Doctrinales Generalidades”, 2014.
- Corchete Martín, M., “Los nuevos derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007.
- Cornelio Landero, E., “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, N°17, junio, 2014.
- Cortez G. (2006). “Aspectos bioéticos del final de la vida: El derecho a morir con dignidad”, *Cuadernos Hospital de Clínicas*, 51.
- Cotino Hueso, L., “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *DILEMATA*, N° 24, 2017.
- Cruz Márquez, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 7, 2005.

- Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 25 Enero-Abril, 1989.
- Cuadrado Salinas, “La mediación: ¿Una alternativa al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015.
- Cuauhtemoc De Dinheim Barriguete, “El derecho al honor, intimidad y propia imagen”, *Derechos Humanos*, Nº 57, 2024.
- Da Costa Ataíde, R., Interés ambiental frente a interés social: La gestión de los conflictos socio-espaciales en los espacios naturales protegidos: los retos de la regularización urbanística de los asentamientos informales en Natal, Universidad de Barcelona, 2013.
- De la Cuadra Salcedo Fernández del Castillo, T., “Derecho Público, Derecho Privado y Derechos Fundamentales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, octubre, 2014.
- De la Torre Olid, “Derechos fundamentales y mediación como instrumento de solución extrajudicial de conflictos. La nueva Ley de mediación de Cataluña, impulso de una ley nacional”, *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº17, 2011.
- De Miguel, J., “La amnistía y el retorno de la historia”, Iustel, 15 marzo 2024.
- Díaz Cappa, “mediación con menores. Límites jurídicos para su aplicación”, Dialnet, 2016.
- Deutscher Ethikrat, Theregulation of assisted suicide in an open society: German Ethics Council recommends the statutory reinforcement of suicide prevention, Ad hoc recommendation, 12 de diciembre de 2014. [en línea]. Disponible en: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/englisch/recommendation-assisted-suicide.pdf>. [Consulta: 13 junio 2021].
- Díez-Picazo, L., “Notas sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, Nº 45, 2001.
- Díez Ripollés, J.L. “Eutanasia y Derecho”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº 9, 1995.
- Domínguez Martínez, P., “El medio ambiente acústico y el derecho a la inviolabilidad del domicilio”, *Derecho Privado y Constitución*, Nº 28, 2014.
- Echeverri Salazar, V., “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, *Opinión Jurídica*, Vol. 10, Nº 20, 2011.
- Espluges Barona, “Algunas reflexiones sobre el modelo francés y el norteamericano de arbitraje como cauces de resolución de conflictos administrativos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 50, 2019.
- Espósito, E., “La mediazione penale minorile: aspetti, problemi e prospettive in una visione di tipo sistemico”, [www.diritto.it/articoli/penale/esposito.html](http://www.diritto.it/articoli/penale/esposito.html).
- Esquinas Valverde, P., “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal*, Nº 18, 2006.
- Falzea, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffrè, 1997.

- Fernández de Benito, M.J., “La mediación intrajudicial”, *Estudios de derecho judicial*, Nº. 154, 2009 (Ejemplar dedicado a: Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo).
- Fernández Egea, R. “La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Últimos avances jurisprudenciales”. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, Nº 31, 2015.
- Fernández-Fontecha, M., “La amnistía no tendrá lugar”, Iustel 13 febrero 2024.
- Fernández González, M., Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales, Jornadas de Derecho civil en homenaje al Código Civil francés, 2015.
- Fernández López, A., Propuesta para la implantación de la mediación en procesos por violencia de género, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 2015.
- Fernández Segado, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 39, 1993.
- Finochietti, M.D., “Mediación, conciliación y sistema penal”, *Revista Pensamiento Penal*, Nº 12, 2014.
- Freixes, T., “La insoportable levedad de la proposición de ley de la impunidad: la amnistía del “procés”, Iustel 11 de marzo 2024.
- García-Escudero, P., “Sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución”, *Estudios y Notas*, Nº 1, 2013.
- García, A/Benito Martínez, J., “Los conflictos escolares: causas y efectos”, *Revista Española de Educación Comparada*, Nº8, 2002.
- García-Escudero, P., “Sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución”, *Crónica Presupuestaria* Nº 1, 2013.
- García-Pérez, O., “La mediación en el sistema español de justicia penal de menores”, *Rev. crim.*, Volumen 53, Nº 2, 2011.
- García Villaluenga, L./Vázquez de Castro, La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo *Política y sociedad*, Vol. 50, Nº 1, 2013.
- Gimbernat, E., “Una crítica a la Proposición de Ley Orgánica de amnistía, Iustel 9 enero 2024.
- Gisbert Pomata, M., “Los avances en la implantación de La mediación como sistema de resolución de conflictos: Estados Unidos, Unión Europea y España”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N 98, 2016.
- Gómez Abeja, L., Inteligencia artificial y derechos fundamentales, Ed. Laborum, Universidad de Sevilla.
- González Barrón, G., “El abuso del derecho: entre la modernidad y la posmodernidad”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 11, 2015.
- González Martín, N., “Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos”, Universidad autónoma de México, 2014.

- González Ramírez/Fuentealba Martínez, Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 4, N° 3, 2013.
- González-Torre, A., “El consentimiento informado en sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/2011 de 28 de marzo”, *Cadernos Ibero-americanos de Direito Gutierrez Samperio*, N° 137, 3, 2013.
- Goñi Sein, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?* En Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social: XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, ISBN 978-84-15305-68-2, 2014
- Güerri Ferrández, C., “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, 2015.
- Gutiérrez Colominas, D., “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 31, 2020.
- Gutiérrez Gutiérrez, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad Constitucional* N°3, 1er semestre, 1999.
- Gutierrez Samperio, C., “La bioética ante la muerte”, *Gac Méd Méx.*, N° 137, 3, 2001.
- Ibañez García, “Voces jurídicas autorizadas contra una ley infame, la de amnistía”, Iustel 30 de mayo de 2024.
- Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, *Proceso judicial y proceso arbitral*, en El arbitraje y la buena administración de la justicia: libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) (Dir. Ruiz Risueño/Fernández Rozas, ISBN 978-84-1336-238-0, 2019.
- Herranz, G. *Eutanasia y dignidad del morir*, ponencia en las Jornadas Internacionales de Bioética. Pamplona Universidad, 1999.
- Herrera de las Heras, R., “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Rev. derecho (Valdivia)* vol.25, n°1 Valdivia jul. 2012.
- “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, *Indret*, Barcelona, 2017.
- Ilundain, M/ Tapia,  
“Mediación y violencia familiar. Inclusión/focalización de menores en mediación familiar: revisión de estudios y propuestas futuras”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 36, N° 2, 2015.
- Irureta, “Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40, Valparaíso, 2013.
- Islas-Colín, A/Díaz-Alvarado, A., “El derecho al acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: construcción doctrinal y

- jurisprudencial”, *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 7, N° 14, julio - diciembre 2016.
- Jiménez de Parga, M., “Veintitrés años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, N° 58-59, 2003-2004.
- Jiménez Herrero, “La ética ante la muerte y el derecho a morir”, *Revista española de geriatría y gerontología: Órgano oficial de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología*, N° 35, 2000.
- Jiménez Horwitz, “La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección”, *ADC*, tomo LX, 2007, fasc. II.
- Jiménez Villarejo, “La muerte digna en nuestro Derecho”. *El Notario del Siglo XXI*, N° 102, 2009.
- Junquera de Estéfani, R., “¿Es necesaria una ley nacional sobre eutanasia en España? Análisis de la legislación autonómica de Madrid”. *Revista Iberoamericana de Bioética*, N° 11, 2019.
- Jordano Fraga, J. La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Bosch, Barcelona, 1995.
- “El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva”, *Humana Iura* N° 6, 1996.
- Kass, L. R., “Is there a Right to Die?” *The Hasting Center Report*, N°23, 1,1993.
- Landa Arroyo, C., “La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”, *THEMIS-Revista de Derecho*, N°66, 2014.
- “Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial y Algoritmos”, *Themis Revista de Derecho*, 2021.
- Larrauri, E., “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, *Estudios de Derecho*, 2004.
- Lascuraín, J., “Mal negocio esta amnistía”, Iustel 27 de mayo 2024.
- Lauroba, E, “Mediación familiar y civil en España: una institución (¿reciente?) que ha llegado para quedarse”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 98, 2016.
- Liñán Aguilera, “El maltrato intrafamiliar en la jurisdicción de menores”, *IPSE-ds* 2, Vol. 4, 2011,
- Lizcano Fernández, F., “Polis, Conceptos de ciudadano, ciudadanía y civismo”, *Revista de la Universidad Bolivariana*, Vol.11, N° 32, 2012,
- López de Argumedo, A/ Fernández de la Mela, J., “El acuerdo de mediación”, *Diario La Ley*, N° 8477, 2015.
- López Azpitarte, E., “Problemas éticos en torno a la muerte: el derecho a morir con dignidad”, *Proyección: Teología y mundo actual*, N°136, 1985.
- López Balaguer, M./ Ramos Moragues, F., “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Lex Social*, 10 (2), 2020.

- López-Barajas, Perea, I., “La efectividad de la justicia: Una exigencia constitucional (Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”, *Revista de Derecho Político* N.º 85, septiembre-diciembre 2012.
- López Ramón, F. “El medio ambiente en la Constitución española”, *Ambienta* Nº 113, 2015.
- Lozano Cutanda, B., “La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c.España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino unido del TEDH y su recepción por nuestro TC”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Nº 1, 2002.
- Llanos Castro, A., “Aplicación de la mediación extrajudicial juvenil en la delincuencia adulta”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, Nº 15, 2016.
- Lloret, C., “Eutanasia y muerte digna”, *Cartapacio de Derecho*, Nº 22, 2012.
- Malagón Terrón, F., “Derechos fundamentales y mediación en la Unión Europea: hacia un enfoque de derechos”, *Mediaciones Sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, Nº 12, 2013.
- Marcos, A/De la Torre, Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional, Madrid, Dykinson, 2019.
- Martín Bernal, J.M., El abuso del derecho: (exposición, descripción y valoración del mismo, Madrid, 1982.
- Martín Diz, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº23, 2014.
- Martín Muñoz, M.R., “El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* Nº239, 2021.
- Martínez Espín, P., “Cláusulas abusivas en contratos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* Nº4, 2012.
- Martínez Navarro, J. A. (2018). Los derechos del paciente como usuario del servicio público de salud (Dir. Pérez Gálvez). La seguridad del paciente, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- “El dret a sol·licitar la prestació d'ajuda per a morir: un debat des de la Bioètica i el Dret”, *Revista Bioètica y Derecho*, nº 54, 2022.
- Martínez Otero, J., “Autonomía e información de los pacientes: del reconocimiento de derechos a la pérdida de confianza. Reflexiones con motivo de la aparición de nuevas normas sobre los derechos de los pacientes al final de la vida”, *Cuadernos de Bioética*, Nº 23, 2012.
- Martín Sánchez, I., “La fundamentación jurídica y el contenido de la eutanasia en las proposiciones de Ley Orgánica presentadas para su regulación en España”, *Derecho y salud*, Nº30(2), 2020.
- Matía Portilla, F.J., “¿Hay un derecho fundamental al silencio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril (2012).
- Meljem Moctezuma, J., “Sobre la relación médico-paciente”, *Revista CANOMED*, Nº18, 2013.
- Molero Martín-Salas, P. La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional, Madrid: CEPC, 2014.

- Masucci, El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* N° 178, Madrid, enero-abril, 2009.
- Molina Caballero, “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17-24, 2015.
- Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: “desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, N°138, 2017.
- Momber Uribe, R., “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol.26, N° 1, 2013.
- Monasterio Astobiza, A., “Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos”, *Dilemata* N° 24, (Ejemplar dedicado a Ética de datos, sociedad y ciudadanía, 2017.
- Mora Ruiz, M., “La protección de la salud y la lucha contra el cambio climático en el nivel autonómico: legislación básica de cambio climático y concurrencia de modelos como seña de identidad”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, N° 12, 2021.
- Morales Fernández, G., Los sistemas alternativos de resolución de conflictos. La mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, Universidad de Sevilla.
- Moraru, G. F., “De nuevo sobre los derechos digitales en el marco de las relaciones laborales. Una revisión del impacto laboral de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los Derechos Digitales”, *Revista española de derecho del trabajo*, N° 246, 2021.
- Moreno Antón, M., “Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir”, *DS*, N° 12, 2004.
- Moreno García, A., “Buena fe y derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 38, 1993.
- Moreno Pérez, S. “El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia”. *Revista de Bioética y Derecho* 52 (2021). Epub 25-Oct-2021, <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31986>.
- Muñoz Aranguren, A., “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°41, 2018.
- Neves Pinto, G., “Desde la Ética a la Bioética”, *Revista de Bioética y Derecho*, N°33, 2015.
- Nicolau, N., “El derecho de morir en dignidad, un derecho personalísimo”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 9, 1987.
- Nogueira Alcalá, H., “El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 4, N° 2, 1998.
- Olavarría Iglesia, M.T., “El Ministerio Fiscal en los procesos de mediación penal”, *Estudios jurídicos* N° 2010, 2010.

- Ortuño Muñoz, J./Hernández García, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documento de trabajo* 110/2007.
- Otto Bachof, “¿Normas constitucionales inconstitucionales? Tiempos del constitucionalismo, Lima 2010.
- Pelayo Lavín, M., “La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos”, Salamanca, tesis doctoral, 2011.
- Pérez Calvo, “Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril”, *Revista de Derecho Político* N° 11, 1981.
- Pérez Campos, A., “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense, LII*, 2019.
- Pérez Francesch, J.L., “El Defensor del Pueblo en España: Balance de veinticinco años de experiencia constitucional”, *Revista del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey*, N° 6, 2024.
- Pérez Gurrea, R., “Estudio sistemático normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, N°. 6, 2013 (Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XII).
- Perez Luño, A.E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, <https://isegoria.revistas.csic.es> › download
- Pérez Pérez, J. A., “La bioética y la eutanasia”, *Revista El Ágora USB*, N° 8, 1, 2008.
- Pleiteado Mariscal, P., “Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria”, *Estudios de Deusto*, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018.
- Portillo, F., La amnistía. ¿Y ahora qué?, Iustel 31 de mayo 2024.
- Posada Arrubla, A. “Intereses ambientales. Reflexión crítica sobre la aplicación de lo difuso”, *Revista Ingenierías Universidad de Medellín*, N° 8, 2009.
- Preciado Domenech, H., “Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de los derechos digitales”, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- Presno Linera, M., “La eutanasia como derecho fundamental”, *Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 29, 2021.
- “Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación”, *Revista Jurídica de Asturias*, N° 45, 2022.
- Ramírez-Bustamante, N., “Análisis jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral”, <https://www.researchgate.net/publication/343141239>, 2021.
- Ramón Fernández, F., “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”, *InDret* N° 3, 2014.
- Recarey Mastrángelo, A., “Quaestio de nomine, quaestio de reos derechos no se inventan. Breve reflexión acerca de una proyectada legalización de la eutanasia”, *Revista CADE: profesionales y empresas*, N°62, 2022.

- Reche Tello, N., "La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad", *IUSLabor* N° 3, 2019.
- Renedo Juarez, "Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social", *Rev. Jurídica Castilla y León*, N°29, 2013.
- Restrepo Tamayo y Hurtado, S. y Vásquez L. "El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia", *Revista de Bioética y Derecho* N° 52, 2021.
- "Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17, 2015.
- Revenga Sánchez, M., "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", *Revista Española de Derecha Constitucional* N° 64. Enero-Abril 2002.
- Riquelme Vázquez, P., "Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político de la UNED*, N°109, 2020.
- Ríos Martín, J.C., "Justicia Restaurativa y mediación penal", *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, N° 98, 2016.
- Rivas Vallejo, P., "Derecho a la protección de datos y monitorización del trabajo: juego de incumplimientos", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N° 10, 2021.
- Roberts/Roach, "Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles", *Restorative Justice & Criminal Justice*, 2021.
- Ródenas Molina/Gómez Puerto, A. "La protección jurídico-constitucional del medio ambiente. Apuesta por el principio de proximidad institucional al cuidado del entorno como bien común", [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp225-255](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp225-255)
- Rodríguez Arana, J., "La mediación en el derecho administrativo", *Revista de derecho público*, N° 74, 2011.
- Rodríguez Casas, R., "Eutanasia: aspectos éticos controversial", *Revista Médica Herediana* N° 12, 2001.
- Rodríguez Copé, M. L., "El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial SSTSJ de la Comunidad valenciana de 3 de febrero de 2000 y de Asturias de 17 de noviembre de 2000", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* 62, 2001.
- Rodríguez Crespo, M., "La conciliación extrajudicial y la no obstaculización del derecho de tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Temas Laborales*, N° 62, 2001.
- Rodríguez Escanciano, S., "Derechos laborales digitales. Garantías e interrogantes", *Derecho de las relaciones laborales*, 2020.
- Rodríguez Portugués, M.A., "Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia", *Diario La Ley*, N°9830, 2021.
- Rodríguez-Zapata Pérez, J., "La amnistía, el caballo de Troya contra la Constitución", *Iustel* 14 noviembre 2023.
- Rojas Pozo, C., "La mediación administrativa", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 98 mayo-agosto, 2016.

- Rosillo Fairén, A., “Ruidos y molestias en el ámbito de la propiedad horizontal”, ICAM, 2021.
- Rovira Viñas, J.A., *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, 1983.
- Ruiz Prieto, M. “Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica INAP*, 2022.
- Sáez Lara, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 155, 2020.
- Sagües, N., “El concepto de desconstitucionalización”, *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Nº 2, 2007.
- Saldaña, N., “El derecho a la privacidad en los estados unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 28, 2011.
- Salmieri Delgue, N., “La acción de amparo - el amparo colectivo - acción “de clase” y el afectado - vacío legal - parámetros de la corte - código unificado”, *Revista Pensamiento Penal* 2016/4.
- Sampaio Ventura, C., “El papel del Defensor del Pueblo en la defensa de los derechos fundamentales”, *Quórum. Revista de pensamiento iberoamericano*, Nº 21, 2008.
- San Cristóbal Reales, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, Nº. 46, 2013.
- San Martín, D. “La ecologización de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos”. *Redur* Nº 3, 2005.
- Sánchez Carazo, C., *Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información*. En *Bioética: La cuestión de la dignidad* (Dir. Feito), Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2004.
- Sánchez-Caro, J., “La bioética y el derecho sanitario: encuentros y desencuentros” *DyS: Derecho y Salud*, Nº24, 1, 2014.
- Sánchez González, S., “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 12/13, 2003.
- Sánchez Pérez, J., *La tutela de los derechos sociales a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. Comunicaciones (en CD-ROM): XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Coord. por Eva Garrido Pérez), 2013.
- Sánchez Trigueros, C., “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español”, *Revista de Derecho*, Vol, 21, 2020.
- Sanz Parrilla, M., “El uso de los medios electrónicos en la mediación”, En Sotelo, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011.
- Sarazá Jiménez, R., *Jueces, Derechos fundamentales y Relaciones entre particulares*, Biblioteca Universitaria, Universidad de la Rioja, 2008.

- Schiffrin, A., “La mediación: aspectos generales Mediación: una transformación en la cultura (Coord. por Julio Gottheil, Adriana Schiffrin), 1996.
- Seoane, J., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON*, Nº39, 2013.
- Sepúlveda Gómez, M., “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contralímites”, *Temas Laborales*, Nº 122, 2013.
- Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *IUSlabor* Nº 3, 2018.
- Serrano Ruiz-Calderón, J. M., “¿Existe el derecho a morir?”, *Cuadernos de Bioética*, Nº 30, 2019.
- Simón Yarza, F. Medio ambiente y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 94, 2012.
- Soletto Muñoz, H., “La mediación en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, 2013.
- Solozabal Echavarría, J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 71, 1991.
- “Medio ambiente y derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 99, septiembre-diciembre, 2013.
- Sosa Sacio, J., *Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales*, Ponencia presentada a la mesa “Derechos fundamentales” del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Arequipa, setiembre de 2008).
- Suárez Crothers, C., “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, *Revista de Derecho*, Nº 11, 2000.
- Taboada, P., “El derecho a morir con dignidad”, *Acta Bioethica*, Nº 12, 2000.
- Terribas Sala, N., “Ley orgánica de regulación de la eutanasia en España. Cuestiones polémicas sobre su aplicación”, *Folia Humanística*, Nº2, 7, 2022.
- Tisne Niemann, J. “Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley nº 20.600”, *RDUCN [online]*, Nº 21, 2014.
- Tomás-Valiente Lanuza, C., “La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Torrado Tarrío, C., “Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos”, *Criminología y Justicia*, Nº 4, 2012.
- Torralba, J.M., “Dignidad humana y autonomía personal en la nueva ley de eutanasia”, *Revista de Prensa el Español*, 2020.
- Trayler, J., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* 75 Núm. 143, 1997.

- Valadés, D., “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 12. 2011 (439-470) <http://dx.doi.org/10.5209/rev ANDH.2011.v12.38112>
- Valverde Asencio, A., “Condiciones de trabajo del trabajador autónomo dependiente: protección y tutela del contratante débil, Condiciones de trabajo del trabajador autónomo dependiente: protección y tutela del contratante débil”, *Temas Laborales*, N° 81, 2005.
- Vásquez Márquez, J.I. “Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental”. *Revista de Derecho Público* n°80, 2014.
- Vázquez-Portemeñe Seijas, F., “Algunos argumentos victimiológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del artículo 87”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 15, 2016.
- Viola Demestre, “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, *IDP. Revista de Internet Derecho y Política*, n° 11, 2010.
- Viguer Soler, P., “Acciones civiles frente al ruido. especial referencia a las comunidades de vecinos” *Práctica de Tribunales*, n° 79, Sección Estudios, Febrero 2011, *LA LEY El Consultor Inmobiliario*, N° 123, Sección Doctrina, 2011.
- Villalba Benítez, La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo. Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay, Universidad de Alcalá, 2003.
- Viola Demestre, “La confidencialidad en el procedimiento de mediación” *IDP. Revista de Internet Derecho y Política*, N° 11, Noviembre 2010.
- Vivas Tesón, I., “El resarcimiento de daños morales por cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores: presente y ¿futuro?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 780, 2020.
- Viviana Tepfe, M., “Algoritmos, nuevo actor en las relaciones laborales”, [www.Scielo Laboral.com](http://www.Scielo.Laboral.com), 2022.

