

N.º 3

PRIMER SEMESTRE

JUNIO 2023

Derecho a la libertad sexual y justicia restaurativa a la luz de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexualpág. 3

Inés C. Iglesias Canle
Ana I. González Fernández

La prueba digital. Aspectos procesales ... pág. 29
Celia Belhadj Ben Gómez

Análisis de las medidas de apoyo al arrendatario vulnerable tras el fin de la pandemia pág. 47
María Elena Cervantes Román

Contenido y regulación de los derechos asociados a la protección de datos en el ámbito jurisdiccional pág. 65
Juan Alejandro Montoro Sánchez

REVISTA DERECHO & PROCESO

© Editorial Colex S.L.

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

☎ 91 109 41 00 ✉ info@colex.es

revistaderechoyproceso@colex.es

DIRECCIÓN

Raúl Sánchez Gómez

Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Mercedes Llorente Sánchez Arjona

Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla.

CONSEJO EDITORIAL

Amaya Arnáiz Serrano

Profesora titular de Derecho Procesal, Universidad Carlos III de Madrid.

José Antonio Colmenero Guerra

Profesor titular de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

José María Contreras Mazarío

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Ignacio Colomer Hernández

Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Antonio Dorado Picón

Letrado de la Administración de Justicia.

Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Alfonso Galán Muñoz

Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Ignacio Gallego Domínguez

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Córdoba.

Vicente Guzmán Fluja

Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Carlos III de Madrid.

Elena Núñez Castaño

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Carmen Quesada Alcalá

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Rafael Rodríguez Prieto

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Bernardino Varela Gómez

Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN:

Editorial Colex

ISSN:

2951-844X

DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA A LA LUZ DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

THE RIGHT TO SEXUAL FREEDOM AND RESTORATIVE JUSTICE IN
THE LIGHT OF ORGANIC LAW 10/2022, OF 6 SEPTEMBER, ON THE
COMPREHENSIVE GUARANTEE OF SEXUAL FREEDOM

Inés C. Iglesias Canle

Universidad de Vigo
ines@uvigo.es

Ana I. González Fernández

Ilustre Colegio de la Abogacía Ourense
anaisagonzalezf@gmail.com

Palabras clave: libertad sexual, violencia sexual, mediación, justicia restaurativa, proceso penal.

Keywords: sexual freedom, sexual violence, mediation, restorative justice, criminal proceedings, victim, offender, criminal justice, criminal guardianship.

Resumen: La violencia sexual se visibiliza en el año 1979 con la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, posteriormente, al año siguiente, se contempla por vez primera el tema de «La mujer maltratada y la violencia en familia», en la Conferencia Mundial del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer, celebrada en Copenhague. Las Naciones Unidas consideran una prioridad erradicar la violencia contra la mujer, en todas sus formas, si bien no será hasta el año 1993 cuando nos encontremos por vez primera en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer, de la Asamblea de Naciones Unidas, una definición de lo que debe entenderse por tal. La nueva Ley de Garantía Integral de Libertad sexual da respuesta a las exigencias de la normativa internacional y las exigencias y compromisos adquiridos por nuestro país en esta materia, tal y como comentaremos en las siguientes líneas, si bien, no exento de fundadas críticas.

En este trabajo se discute sobre la posibilidad o no de limitar los asuntos que se han de derivar a mediación en virtud de su gravedad o los sujetos implicados en el ámbito de la violencia sexual. Consideramos que establecer limitaciones es un error, circunscribir esta institución de resolución de conflictos a delitos menos graves o leves supone denostar indistintamente la mediación, la ciudadanía puede llegar a creer que se trata de una institución de bagatela que no tiene apenas aplicación.

Abstract: The subject we are dealing with requires a preliminary introduction to raise awareness of the seriousness of the problem of violence in its different forms today, particularly violence against women and minors or particularly vulnerable people, which directly affects their right to sexual freedom.

Organic Law 10/2022, of 6 September, on the comprehensive guarantee of sexual freedom, can serve as a current reference point, as we shall see, when it comes to conceptualising the different forms of violence that exist and which we must try to eradicate, particularly when they involve women and minors and other people in their environment. In this sense, we will analyse the main legislative novelties regarding the problems raised in the procedural venue in cases of sexual violence, particularly those concerning evidence and its evaluation.

Finally, the alternative of Restorative Justice will be studied with the aim of minimising or avoiding the harmful effects for the victim of sexual violence in the criminal process. Without disregarding the necessary penal protection, we will consider the convenience of articulating a complementary restorative response through mediation - and other restorative techniques - between victim and offender.

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA VIOLENCIA SEXUAL Y RESPUESTA PROCESAL

El tema que acometemos requiere de una introducción previa para concienciarnos de la gravedad del problema que supone hoy en día la violencia en sus distintas formas y, particularmente, aquella que se refiere a la mujer y a los menores de edad o personas especialmente vulnerables y afecta directamente a su derecho a la libertad sexual.

La violencia sexual se visibiliza en el año 1979 con la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, posteriormente, al año siguiente, se contempla por vez primera el tema de «La mujer maltratada y la violencia en familia», en la Conferencia Mundial del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer, celebrada en Copenhague. Las Naciones Unidas consideran una prioridad erradicar la violencia contra la mujer, en todas sus formas, si bien no será hasta el año 1993 cuando nos encontremos por vez primera en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer, de la Asamblea de Naciones Unidas, una definición de lo que debe entenderse por tal.

En el ámbito del Consejo de Europa debemos destacar que a raíz del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y su Proto-

colo número 12 sobre el derecho de igualdad se inicia un camino en el que debemos considerar un paso fundamental la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 26 marzo de 1985, sobre violencia dentro de la familia y la Recomendación de 28 de junio de 1985 sobre la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Finalmente, la Recomendación del Comité de Ministros de 30 de abril de 2002 propone una estrategia global y coordinada para prevenir la violencia contra la mujer y proteger a las víctimas, sugiriendo a los Estados miembros que reconozcan su obligación de ejercer la diligencia para evitar estos actos de violencia y otorgar tutela a las víctimas.

El hito normativo más importante y que se toma actualmente como referencia, al menos en lo concerniente a la propuesta legislativa que se diseña por el actual gobierno, es el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Mujer y la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011, que persigue la eliminación de cualquier forma de discriminación por razón de género y la promoción de la cooperación internacional para impedir la violencia física, sexual, psicológica o económica, así como los matrimonios forzados, la mutilación genital y los crímenes de honor, fomentando al tiempo instrumentos de prevención y educación¹.

Así, la violencia contra la mujer se define como *«todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privadas»*².

Las formas que puede adoptar la violencia sobre la mujer son:

- *Violencia física*: puede originar lesiones o la muerte de la víctima, e incluye toda acción que persiga un daño corporal.
- *Violencia sexual*: según la Organización Mundial de la Salud, se define como *«todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona independientemente de la relación de ésta con la víctima en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el trabajo»*.
- *Violencia psicológica*: se caracteriza por la intimidación o la amenaza, por el uso de humillaciones, por la imposición del aislamiento social, la desvalorización como persona o por un acoso continuado.

No obstante, a la hora de definir la violencia sexual, el Convenio de Estambul en su artículo 36.1 establece que:

«Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a. la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto»; b.

1 Para un estudio a mayor abundamiento acerca de todos los instrumentos referidos a lo largo de toda la introducción, cfr. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013-2016)*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2013, págs. 26-42.

2 DE LA CRUZ FORTÚN, M. A., *Factores predictores del impacto psicopatológico en víctimas de agresión sexual*, Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, Madrid, 2017, págs. 23-24.

los demás actos de naturaleza sexual no consentidos sobre otra persona; c. el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

1. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.
2. Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno».

La redacción de este precepto resulta demasiado exigente en lo que respecta al apartado primero ya que no se puede compartir equiparar la penetración anal o vaginal con objetos con la bucal.

Esto no es más que un ejemplo del nivel de detalle a qué desciende este Convenio Internacional, lo que ha llevado a muchos países a no firmar el Convenio o a hacerlo con reservas, y a otros países, como Turquía, que lo firmó inicialmente, a retirar posteriormente su apoyo al mismo³. Dada su naturaleza, lo deseable sería que este instrumento internacional admitiese un mayor margen de flexibilidad para que sus exigencias y propuestas tuvieran una mayor acogida, y con ello la prevención y represión de conductas atentatorias contra la libertad sexual fuere realizada sin reservas por parte de los distintos Estados firmantes, y, finalmente, que fueren más los países que lo ratificasen, a efectos de que hubiese un común denominador en lo que se refiere al umbral mínimo de tutela que debe dispensarse a nivel internacional a cualquier víctima de violencia sexual.

3 Inicialmente ratificaron el Convenio de Estambul, (aquellos países que tienen una cruz, lo hicieron con reservas):

Albania	19/12/2011	04/02/2013 R		01/08/2014
Andorra	22/02/2013	22/04/2014 R	X	01/08/2014
Austria	11/05/2011	14/11/2013 R		01/08/2014
Bosnia y Herzegovina	08/03/2013	07/11/2013 R		01/08/2014
Dinamarca	11/10/2013	23/04/2014 R	X	01/08/2014
España	11/05/2011	10/04/2014 R	X	01/08/2014
Italia	27/09/2012	10/09/2013 R		01/08/2014
Montenegro	11/05/2011	22/04/2013 R		01/08/2014
Portugal	11/05/2011	05/02/2013 R		01/08/2014
Serbia	04/04/2012	21/11/2013 R	X	01/08/2014
Turquía	11/05/2011	14/03/2012 R		01/08/2014

Por tanto, entre 2013 y 2015 fue ratificado por dieciocho países que firmaron: (Albania, Andorra, Austria, Bosnia y Herzegovina, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Malta, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, Serbia, Eslovenia, España y Suecia). El 11 de mayo de 2017, el Consejo decidió la adhesión de la Unión Europea, considerando que esta adhesión garantiza la complementariedad entre el plano nacional y el plano de la UE, y consolida la capacidad de esta última para desempeñar un papel más eficaz en foros internacionales como el Grupo de Expertos del Consejo de Europa en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO). En julio de 2017, la Convención estaba firmada por 46 Estados, seguidos de la ratificación del mínimo de ocho veinticuatro miembros del Consejo de Europa. En 2021, Turquía retiró su adhesión inicial.

Pero lo que es incuestionable, es que a pesar de los avances, el abordaje integral de las violencias sexuales, cometidas contra las mujeres, las niñas y los niños, en cualquier ámbito de relaciones o por parte de desconocidos, constituye, actualmente, un desafío pendiente al que los textos internacionales y la legislación nacional debe dar respuesta.

Como reconoce el documento que analizaba el impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, «el porcentaje de mujeres de 16 o más años residentes en España que han sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja a lo largo de la vida es del 6,5%. Es decir, unas 1.322.052 mujeres han sufrido este tipo de violencia y el 0,5% (103.487) en los últimos 12 meses. Un 2,2% (453.371 mujeres) del total de mujeres de 16 o más años residentes en España han sido violadas alguna vez en su vida. Estos datos son en realidad una aproximación de mínimos, pues se trata de la prevalencia revelada, pero debe tenerse en cuenta que es probable que las mujeres que han sufrido los casos más graves no sean capaces de contarlo en una encuesta como esta debido al trauma que supone. En el caso de las niñas menores de 16 años, el porcentaje es del 3,4%, lo que se traduce en unas 703.925 niñas víctimas de violencias sexuales. Además, el 12,4% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dice que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Finalmente, casi en el 50% (40,6%) de los casos, la violencia se repitió más de una vez».

Pero, la violencia no sólo la que sufre la mujer, sino la que se produce en familia y en el entorno, tal y como ha reconocido finalmente la ley española en la reforma acometida por la Ley de protección de la infancia y juventud contra todas las formas de violencia (Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)⁴.

Tal ley, como establece su artículo 1, tiene por objeto «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas,

4 De hecho la norma reforma en su Disposición final décima la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género queda modificada en los siguientes términos:

Se añade un apartado nuevo 4 al artículo 1, con la siguiente redacción:

«4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.»

injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».

Esta ley puede servir de referente actual, como veremos, a la hora de conceptualizar las distintas formas de violencia existentes y que hay que tratar de erradicar, particularmente, cuando tienen por objeto mujeres y menores y otras personas que se encuentran en su entorno.

Concretamente, en lo que nos concierne el concepto antes referido de violencia sexual alude a la realización de cualquier acto de naturaleza sexual en contra de la libertad sexual de otra persona, por lo que resulta determinante en este sentido es la falta o ausencia de consentimiento válido de la persona que la sufre⁵. No obstante, como veremos, la dificultad fundamental con la que tropieza la reforma tiene que ver precisamente con la acreditación de la existencia de ese consentimiento, tal y como se exige en la redacción de la norma jurídico-penal.

Este era el punto de partida de la propuesta de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y que responde de forma coherente a las exigencias derivadas de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español en esta materia, si bien con escasa técnica legislativa en relación a cuestiones fundamentales y que están directamente vinculadas con la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

España ha dado respuesta de forma contundente a la violencia de género o violencia doméstica, sin embargo, se echa en falta un marco legal específico para la violencia sexual, tal y como reconoce el texto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

En efecto, nuestro país ha ratificado los principales tratados y convenios internacionales que establecen la obligación de actuar diligentemente contra la violencia sexual: la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica o Convenio de Estambul y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa o Convenio de Varsovia, sin que haya acometido una reforma integral en este ámbito.

El Convenio de Estambul establece en su artículo 1 que dentro de los objetivos del mismo están:

- proteger a las mujeres de todas las formas de violencia y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- concebir un marco legal, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

5 DE LA CRUZ FORTÚN, M. A., *Factores predictores del impacto...*, op.cit., pág. 25.

Además, el Convenio de Estambul establece la obligación de las Administraciones Públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, que define como «*todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, en la vida pública o privada*».

Asimismo, dentro de los objetivos del desarrollo sostenible de la agenda 2030 de Naciones Unidas está el de eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y niñas, en el ámbito público y privado, matrimonio infantil y la mutilación genital femenina.

La ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, supone una respuesta concreta del Estado español a esta llamada, a lo que debe sumarse la aprobación de la Directiva 2011/93, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituye a la Decisión Marco 2004/768/JAI, del Consejo.

En este contexto la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual también se refiere a la tutela de los niños, de hecho según la Macroencuesta sobre Violencia contra la Mujer de 2019, un 6,5% del total de mujeres de 16 o más años ha sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja. La norma que se propone pretende hacer frente a esta realidad, protegiendo no solo a las mujeres menores sino también a las niñas. En el caso de las niñas menores de 16 años el porcentaje es del 3,4% lo que se traduce en unas 703.925 niñas víctimas de violencias sexuales.

Así, la norma presenta un impacto positivo en lo que respecta a la infancia evidente, en tanto en cuanto forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de la norma las niñas y niños víctimas de violencias sexuales, contemplándose además en el articulado servicios especializados para su protección, entre los que cabe destacar el modelo *Children's House* anglosajón o *Barnahus* escandinavo ("casas de la infancia"), favoreciendo una intervención profesional especializada y conjunta en un mismo lugar (artículo 34.1 d)).

Paralelamente, la reciente aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, a la que hemos aludido anteriormente, debe ser considerada el último paso dado en esta materia de ahí que le dediquemos parte de nuestra atención. En esta ley no sólo se da respuesta a las exigencias y compromisos internacionales adquiridos, sino que se trata de resolver un verdadero problema social con un marco legal integral, para prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia sobre un menor de edad.

Concretamente, contempla, como hemos adelantado, la protección de los niñas y niños frente a la violencia de cualquier tipo, incluyendo la violencia sexual y para ello debe reforzarse, entre otros fines, el marco civil, penal y procesal para asegurar la tutela judicial efectiva de los niños y niñas frente a la violencia.

En este sentido, en el Título I de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se reconocen derechos de las víctimas

de información y asesoramiento (art. 10), a ser escuchadas (art. 11) y a una atención integral (art. 12), así como a la asistencia jurídica gratuita (art. 14).

Ello se complementa con un marco amplio de legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los menores en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia (art. 13) y con el deber de denunciar tales situaciones de violencia por parte de toda persona que advierta indicios de violencia sobre un menor de edad, con un deber cualificado por parte de quienes por razón de su cargo, profesión u oficio tengan encomendada la asistencia, cuidado o enseñanza de menores de edad (arts. 15-20).

En el título III se regula la sensibilización, prevención y detección precoz. Debemos destacar desde la perspectiva procesal la modificación del art. 216 y del art. 416 LECrim, reformas necesarias y que valoramos muy positivamente, reformas que habíamos reivindicado en anteriores trabajos y que suponen una garantía que quiere poner fin a situaciones de impunidad generadas por falta de prueba de cargo suficiente.

El primero en su apartado tercero que establece una excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar, al determinar la obligación de denunciar del cónyuge y familiares cercanos de la persona que haya cometido un delito grave y la víctima sea un menor de edad o discapacitada, en consonancia con las exigencias del Convenio de Lanzarote.

En segundo lugar, el art. 416.4 LECrim. modifica, eliminando la excepción de la dispensa del deber de declarar en el proceso penal a familiares, con el fin de proteger a los menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, así como incluye excepciones provenientes de la práctica jurisprudencial que impedía acogerse a esta dispensa si el testigo se había personado en la causa como acusación particular, o cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo⁶.

6 «Artículo 261 LECrim:

Tampoco estarán obligados a denunciar:

- 1.º Quien sea cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.
- 2.º Quienes sean ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.

Esta disposición no será aplicable cuando se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.»

Se modifica el apartado primero del artículo 416, que queda redactado como sigue:

«Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

A ello debe añadirse el recurso a la prueba preconstituida para evitar la victimización secundaria de los menores de edad y discapacitados en el proceso penal, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 449 bis y 449 ter de la LECrim. Todas estas reformas, tal y como habíamos reclamado en anteriores trabajos en relación a las víctimas de violencia de género, deben valorarse muy positivamente, si bien, actualmente sólo se refiere a la tutela del menor o de las personas discapacitadas necesitadas de especial protección⁷.

En relación a la prueba preconstituida, o anticipada a nuestro juicio, con el fin de evitar el enfrentamiento con el agresor y permitir la contradicción necesaria para elevar una diligencia de investigación a la categoría de prueba se debe proceder del modo siguiente:

«Artículo 449 bis.

Cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo.

La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

Para la práctica y eficacia de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2⁸.

Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

- 1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.
- 2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- 3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oírán previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.
- 4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
- 5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.»

Cinco. Se suprime el párrafo cuarto del artículo 433.

Seis. Se suprime el párrafo tercero del artículo 448.

- 7 V., entre otros, nuestro trabajo IGLESIAS CANLE, I. C.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I. y GONZÁLEZ PÉREZ, A., «Derecho de defensa en el proceso penal español y violencia sobre la mujer. Especial referencia a la violencia sexual», en *Feminización y Justicia* (dir. BRAVO BOSCH, M. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 279 y ss.
- 8 El art. 730 LECrim. establece que «Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

El derecho de defensa y la presunción de inocencia no resultarían en ningún caso vulnerados con esta medida, dado que la prueba testifical es una prueba de libre valoración y el órgano jurisdiccional debería apoyar su decisión en una interpretación de los hechos que, de forma motivada, permita subsumir las conductas supuestamente delictivas en la norma penal.

Tal recurso no sería incompatible, antes al contrario con la prestación de la declaración de la víctima en la fase de juicio oral, ya que la práctica como prueba anticipada o preconstituida, como la llama el legislador, debe considerarse un recurso excepcional. No obstante, como veremos, no es éste el sentido de la norma que pretende excluir la segunda declaración en estos supuestos, otorgando valor probatorio a la declaración en sede sumarial de la víctima menor de edad o discapacitada necesitada de especial protección por estar en situación de especial vulnerabilidad, procediendo a su reproducción en el acto del juicio oral para garantizar la inmediación del juez decisor mediante la incorporación de la grabación a las actas del juicio, previa su contradicción sin que resulte necesaria su presencia, salvo supuestos de indefensión y previa autorización judicial motivada a estos efectos.

A estos efectos el artículo 449 ter. LECrim. establece que:

«Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinaria e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve».

En estos casos, tal y como hemos precisado, la declaración en sede de juicio oral se debe realizar de conformidad con el nuevo art. 703 bis que establece que cuando en fase de ins-

2. A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo establecido en el art. 449 bis».

trucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista.

Por tanto, en los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad.

En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.

Se modifica también el párrafo segundo del artículo 707, que queda redactado como sigue:

«Fuera de los casos previstos en el artículo 703 bis, cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible».

La posibilidad de recurrir a la prueba preconstituida o anticipada se extiende al proceso consensual de separación y divorcio del art. 777 LEC al añadirse un apartado tercero del siguiente tenor:

«3. Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 ter, debiendo la autoridad judicial practicar prueba preconstituida, siempre que el objeto del procedimiento sea la instrucción de alguno de los delitos relacionados en tal artículo.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación audiovisual, en los términos del artículo 730.2».

Todas estas medidas deben valorarse muy positivamente, al igual que la inclusión de la violencia vicaria en el concepto de violencia de género, como prevé la disposición final décima de esta norma, al añadir un apartado 4 al art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género del siguiente tenor:

«4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

En el mismo sentido, la Ley 14/2021, de 20 de julio, de la Comunidad Autónoma de Galicia, por la que se modifica la Ley 1172007, de 27 de julio, gallega para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género, establece en su artículo 1.2 que «se incluye dentro

del concepto de violencia de género la violencia vicaria, entendida esta como el homicidio, asesinato o cualquier otra forma de violencia ejercida sobre las hijas o hijos de la mujer, así como sobre cualquier otra persona estrechamente unida a ella, con la finalidad de causarle mayor daño psicológico, por parte de quién sea o haya sido su cónyuge o por quien mantuvo con ella una relación análoga de afectividad aún sin convivencia». Asimismo, se establece en su disposición adicional que el reconocimiento de víctima de violencia vicaria tendrá efectos retroactivos, por lo que se reconocerán los derechos que regula esta ley a situaciones ocurridas con anterioridad a la aprobación de la modificación de esta.

Más allá de la tutela procesal de los menores y personas necesitadas de especial protección, lo cierto es que la tutela judicial de las víctimas de cualquier forma de violencia sexual no ha estado exenta de dificultades, como pone en evidencia la reforma ya comentada de los arts. 261 y 416 LECrim.

La dificultad fundamental se cifra en materia probatoria, en la necesidad de acreditar la existencia de hechos contrarios a la libertad sexual constitutivos de alguno de los tipos penales de abuso o agresión sexual. La libertad probatoria en cuanto a los medios de prueba y la valoración de los mismos según los parámetros de libertad y motivación suficiente para destruir la presunción de inocencia se compadece mal con el ambiente que se procura el agresor o agresores y la falta de medios de prueba más allá de la declaración de la víctima, si es que no ha fallecido. Las pruebas forenses, tales como la prueba genética, son un recurso que ayuda pero que a la hora de acreditar la anuencia o no de la práctica sexual arroja únicamente un resultado parcial y que requiere, en muchas ocasiones, de una prueba adicional para poder condenar al supuesto agresor.

De ahí la relevancia de las normas establecidos en el Estatuto de la víctima del delito que permite recurrir a una serie de prevenciones de naturaleza procesal tendentes a procurar la integridad de la víctima, de forma que los arts. 20 y ss. contemplan medidas tales como que:

- a) Se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas.
- b) Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.
- c) Las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma.
- d) Los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzca al mínimo el número de los mismos.

Conforme al artículo 25 del Estatuto de la Víctima del delito se pueden adoptar alguna de las siguientes medidas de protección:

«1. Durante la fase de investigación podrán ser adoptadas las siguientes medidas para la protección de las víctimas:

- a) Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin.

b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, así como en perspectiva de género, o con su ayuda.

c) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.

d) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona, que además de cumplir los requisitos previstos en la letra b de este apartado, sea del mismo sexo que la víctima, cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.

2. Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las siguientes medidas para la protección de las víctimas:

a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación.

b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.

c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.

d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, el Juez o el Presidente del Tribunal podrán autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa.

Las medidas a las que se refieren las letras a) y c) también podrán ser adoptadas durante la fase de investigación.

3. Asimismo, también podrá acordarse, para la protección de las víctimas, la adopción de alguna o algunas de las medidas de protección a que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales».

Con todo, a falta del recurso de la denominada prueba preconstituida o anticipada que sí se contempla para los menores o víctimas especialmente vulnerables se debe procurar una prueba suficiente y coherente para destruir la presunción de inocencia, practicada con contradicción e intermediación judicial en el acto del juicio oral, de ahí que el asesoramiento y acompañamiento de la víctima resulte esencial, así como evitar su victimización secundaria con interrogatorios que cuestionen su dignidad o generen un daño adicional a su condición de víctima de un delito sexual.

En todo caso, los jueces deben ser cada vez más sensibles a la hora de valorar ese testimonio y exigir esa coherencia en el mismo, tal y como ha demostrado la práctica judicial en los casos de la Manada de Navarra o de Sabadell, sin que ello menoscabe su dignidad a la hora de procurar una base sólida para la condena de hechos atentatorios contra la libertad sexual, sin que ello implique mermar la presunción de inocencia del encausado.

Veamos a continuación en qué punto ayuda la reciente reforma a las exigencias procesales y constitucionales en el difícil equilibrio de procurar la tutela y reparación integral de la víctima de violencia sexual y la condena de tales hechos por parte de sus actores en cualquiera de las formas de participación criminal previstas legalmente.

II. LIBERTAD SEXUAL VERSUS VIOLENCIA SEXUAL

La violencia sexual se puede manifestar de forma muy distinta, en la pareja o fuera de ella: como coacciones, abusos, prostitución, violación, trata de seres humanos, mutilación genital femenina o matrimonio precoz.

En ocasiones se ha utilizado en situaciones de conflicto armado y, lamentablemente, pese a su condena, siguen teniendo lugar. Las formas de realizar violencia sexual se han trasladado también al ámbito audiovisual y al ciberespacio, de modo que ya no sólo debemos referirnos a la agresión o abuso físico, sino también al acoso y la difusión de imágenes de contenido sexual sin la autorización del sujeto que figura en las mismas.

Deben considerarse también formas de violencia sexual la negación al uso de métodos anticonceptivos para evitar la transmisión de enfermedades de transmisión sexual y el aborto forzado y el acoso sexual.

El ámbito en el que se producen determina que se consideren en función del lugar en el que se desarrollan, esto es, violencia sexual en el ámbito familiar o fuera de él.

Finalmente, desde el punto de vista de la configuración legal actual, la tipificación de la violencia sexual se ha hecho sobre la base de la distinción entre agresión sexual y abuso sexual, según medie violencia o intimidación en el primer caso, y falta o consentimiento viciado en el segundo. La conocida como Sentencia de la Manada de Navarra, estableció a su vez dentro de la agresión sexual la posibilidad de considerar la intimidación ambiental, al margen del empleo de la fuerza física o la intimidación de la víctima de sufrir un daño inminente y grave.

En tal sentido la STS 2200/2019, de 4 de julio de 2019 (ECLI I:ES:TS:2019:2200), que establece expresamente al efecto:

«La diferencia radica, como se acaba de señalar, en utilizar violencia o intimidación en los primeros (art. 178), y no mediar consentimiento en los segundos (art. 181). Dentro de los delitos de agresiones sexuales, se tipifica el tipo básico, esto es, atentar contra la libertad sexual de otra persona sin acceso carnal (o introducción de miembros corporales u objetos), y el tipo agravado, o delito de violación, que recupera su nomen iuris, a partir de la reforma operada por LO 11/1999, concepto que se encuentra asentado en nuestra conciencia colectiva y forma parte de nuestra tradición jurídica, cuando el acceso carnal lo sea por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179). También se diseñan los correspondientes subtipos agravados en el art. 180 del Código Penal, de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco)» (Fundamento de Derecho Quinto).

El delito de abuso sexual, según la nomenclatura y regulación anterior, era aquel en el que el sujeto pasivo atentaba igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin

violencia e intimidación y sin que mediase consentimiento (art. 181 CP). Pero esa falta de consentimiento, a salvo de tocamientos episódicos o fugaces, lo deducía la ley penal cuando el consentimiento estaba viciado y, en consecuencia, fuese bien inválido, bien inexistente. Por eso el Código Penal señalaba que, a los efectos de tipificar este delito, «se consideran abusos sexuales no consentidos» aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente, y así:

- a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido;
- b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare;
- c) los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto;
- d) cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima⁹.

El cambio normativo en esta materia no constituye el objeto de este trabajo pero no podemos dejar de posicionarnos en el sentido de exigir una inmediata revisión de la regulación original, tal y como demandaba la sociedad y expertos penalistas a los que nos sumamos en su día¹⁰, puesto que la referida regulación había ocasionado una revisión a la baja de las penas y absoluciones de anteriores condenas en relación a hechos contra la libertad sexual despenalizados o bien castigados con una pena inferior. Las absoluciones fueron consecuencia de la destipificación del delito de abuso sexual cometido mediante engaño a menores de entre 16 y 18 años, castigado en el Código Penal anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, ahora comentada¹¹. No obstante, la redacción operada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

9 En la actualidad, a partir de la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual, el Capítulos I y II del Título VIII se refiere únicamente a delitos de agresión sexual, con una regulación que aúna el anterior modelo de abusos sexuales y agresión sexual bajo la misma denominación, si bien, con una tipificación diferenciada en función de si existe o no violencia, intimidación o concurren otras circunstancias de especial vulnerabilidad de la víctima y otras circunstancias que relacionan los arts. 178 y ss.

10 IGLESIAS CANLE, I. C., «Libertad sexual y violencia sexual» en IGLESIAS CANLE, I. C. y BRAVO BOSCH, M. J., *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 265 y ss..

11 Los tribunales hasta el 1 de marzo de 2023 han acordado al menos 721 reducciones de pena en aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, según datos recabados por el CGPJ del Tribunal Supremo, los TSJ de las CCAA y las Audiencias provinciales. Estas resoluciones han supuesto al menos 74 excarcelaciones (Diario «La Ley» 6 de marzo 2023).

En relación a la dimensión penal de la reforma, véase, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «ALGUNOS COMENTARIOS GENERALES A LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL» en BRAVO BOSCH, M. J. (dir.), *Justicia y Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, en edición; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La Libertad sexual en peligro» en IGLESIAS CANLE, I. C. y BRAVO BOSCH, M. J., *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 295 y ss; *Idem.*, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma» en BRAVO BOSCH, M. J. (dir.), *Feminización y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 223 y ss.

corrige las anteriores deficiencias de cara a su aplicación futura por aplicación del principio de irretroactividad de la disposición penal más desfavorable¹².

Los tribunales han acordado al menos 1.079 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, según los datos recabados hasta el día 1 de mayo por el Consejo General del Poder Judicial del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales. Estas resoluciones han supuesto al menos 108 excarcelaciones¹³. Evidentemente, tal conclusión no puede ser de recibo y merece todo nuestro reproche porque supone de facto una conculcación evidente de los derechos de la víctima de violencia sexual, sin que exista justificación alguna que la ampare.

En el futuro es deseable que la reforma legal vaya acompañada de una reflexión detenida de las consecuencias que el sistema jurídico actual pueda tener, para evitar consecuencias tan perniciosas e injustificables que suponen un atentado contra la sociedad, la víctima y el propio Estado de Derecho que se resquebraja por una defectuosa técnica legislativa y que, a la postre, lo que genera es desconfianza en el sistema legal a las víctimas y a la sociedad en su conjunto, ante la impunidad de la conducta penal.

III. LAS PRÁCTICAS RESTAURATIVAS EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE VIOLENCIA SEXUAL, ¿ES POSIBLE SU INCORPORACIÓN AL ACTUAL MODELO PUNITIVO?

3.1. Marco conceptual

La Justicia Restaurativa (en adelante, JR) surge entre los años 70 y 80 en Estados Unidos y Canadá, a partir de entonces, demostrada su operatividad y efectividad para la resolución de

-
- 12 Según la exposición de motivos de esta norma: «La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual, ha dado una nueva regulación a los delitos contra la libertad sexual, para unificar los anteriores tipos de abuso y agresión sexual en un solo tipo, el de agresión sexual, que comprende cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, el cual se define en los siguientes términos: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» (artículo 178.1 del Código Penal). Respetando este modelo, es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual».
- 13 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-079-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022> (última consulta: 17/05/2023).

los ilícitos penales, se fue trasladando fuera de sus fronteras a lo largo y ancho del panorama mundial, aunque con diferente acogida¹⁴. Por ello, desde los 80, las instituciones de la Unión Europea urgen a los Estados Miembros para que incorporen mecanismos alternativos al proceso penal para mejorar la eficiencia del sistema, con referencia especial a la mediación penal.

El movimiento jurídico-filosófico de la JR consiste, fundamentalmente, en enfatizar la participación de todos los sujetos implicados en el proceso penal y el papel reparador que juega la justicia. Los distintos programas de JR habilitan al infractor, a la víctima y a la comunidad a que se dé una respuesta a la infracción y al conflicto generado por la misma conjugando la protección de los intereses de víctima (en cuanto que el ofensor reconoce el daño que ha ocasionado y se compromete a repararlo), responsable del hecho delictivo (de este modo, se busca poner fin al conflicto sin la intervención íntegra del órgano jurisdiccional), así como del conjunto de la comunidad y del sistema judicial (que, como dijimos, busca la rehabilitación del agresor y, con ello, prevenir posteriores conductas delictivas). Con esta intención, se propone intervenir en el conflicto sin pretender la represión penal de las prácticas delictivas, buscando para ello soluciones pactadas y reales consensuadas entre los sujetos implicados arriba referidos¹⁵.

De este modo, podemos concluir, de acuerdo con lo apuntado por la profesora CUADRADO SALINAS, que la finalidad de la JR «*debe ser la de que el autor del hecho sea consciente de las consecuencias de su acción y del efecto que, el daño causado con la misma, ha producido a otras personas y a sí mismo*»¹⁶, reparación del daño que no va ser únicamente material de forma que puede ser una reparación meramente simbólica para la víctima. Con ese objetivo, será preciso que el autor reconozca que los hechos cometidos, hecho que provoca que gran parte de la doctrina defienda su utilización al entender que vulnera los principios esenciales del proceso penal de adultos.

Los procesos restaurativos se enmarcan en un nuevo paradigma dentro del proceso penal que pertenece al ámbito genérico de los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), incluyendo otros procesos que, si bien carecen de una base restaurativa, pretenden ser un procedimiento informal y desjudicializador¹⁷ pero, en todo caso, deben estar orientados bajo una serie de principios inherentes a los fines de la Justicia Restaurativa.

14 Podemos situar su nacimiento en Kitchener (Ontario) dónde se utilizaron por primera vez estas técnicas para juzgar a dos jóvenes que, bajo la influencia de las drogas, destrozaron 22 vehículos. En aquel momento los menores no tenían antecedentes penales y el oficial de libertad condicional que tenían asignado pensó que lo que necesitaban no era un castigo sino asumir su responsabilidad. Por este motivo, el oficial sugirió al juez que lo más adecuado para ellos era que se enfrentaran a las víctimas, idea inicialmente rechazada por el Juez. A pesar de la negativa inicial, bajo la supervisión del oficial, los infractores acudieron a las casas de las víctimas para admitir la comisión de los hechos delictivos y trabajaron para lograr la restitución de los daños ocasionados con sus hechos. Una vez reparados los daños ocasionados, la comunidad sintió que los daños quedaban efectivamente atendidos a diferencia de un castigo sin más.

15 MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., «La Justicia Restaurativa y un modelo integrador de la Justicia Penal», *Revista Derecho UNED*, n.º 16, 2015, págs. 1241-1242.

16 CUADRADO SALINAS, C., «¿La mediación: una alternativa real al proceso penal? en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf>, última consulta: 27/09/2021], 2015, pág. 15.

17 MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., «La Justicia Restaurativa...», *op. cit.*, pág. 1242.

El método de JR que goza con mayor aceptación por parte de la doctrina es la mediación si bien es verdad que existen otros mecanismos que se utilizarán dependiendo del asunto que se trate o el OJ en el que nos encontremos. En concreto, podemos referirnos a los *Family Group Conferences*, *FGC*, *circles*, los paneles restaurativos y, por último, *Victim Offender Mediation*, *VOM*, que es la forma más extendida y conocida a lo largo del panorama mundial¹⁸. A los efectos que nos interesa en este trabajo, únicamente nos vamos a referir a los *Victim Offender Mediation* (mediación penal) en ella están implicado agresor, la víctima y el mediador. En este tipo de fórmula restaurativa el diálogo es más importante que el acuerdo, siendo el objetivo empoderar a la víctima, permitir la responsabilización del agresor y contribuir a la reparación del daño producido¹⁹.

En definitiva, la JR en general y la mediación en particular se caracterizan por su carácter reparador y la pretensión de alcanzar una reparación efectiva a la víctima en vez de únicamente castigar al infractor conforme al procedimiento previsto en la LECrim, asintiendo y acatando la pena acordada. Con estas técnicas se propone un modelo reparador del daño donde prime la participación efectiva de los implicados y tomen conciencia de la magnitud de lo sucedido.

Yendo más allá, con la JR quedaría plenamente resguardado el principio constitucional de reinserción y resocialización del delincuente. En efecto, coincidiendo con la profesora MARTÍNEZ SÁNCHEZ, el hecho de cumplir una pena de prisión «no resocializa sino que estigmatiza», generando a largo plazo que el delincuente sea víctima del sistema²⁰. A fin de evitarlo, la JR puede contribuir no sólo al empoderamiento de la víctima y evitar que ésta se sienta frustrada por no poder participar activamente en el proceso penal tradicional, sino también al cumplimiento de lo dispuesto en nuestra Carta Magna sobre la idea de resocialización del delincuente, una vez que ha realizado el acuerdo de reparación.

No obstante, como tendremos ocasión de ver, la incorporación de la mediación penal por el legislador no está exenta de dudas y críticas a pesar del éxito demostrado en las experiencias llevadas a cabo en otros países de nuestro entorno²¹. Estamos ante una institución alternativa que plantea problemas procesales importantes relativos a la protección de los derechos fundamentales procesales del imputado (derecho a la presunción de inocencia, fundamentalmente) y las garantías de la víctima.

18 No obstante, podemos encontrarnos con procesos de este tipo que combinan diferentes tácticas y resultan sumamente innovadoras (véase, por ejemplo, los paneles restaurativos o la mediación comunitaria), véase, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal» en *La Ley penal*, n.º 86, pág. 6; SOLETO MUÑOZ, H., «Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España» en VV. AA., *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI, potencialidades y retos*, Colección Cuadernos Penales José María Lindón, Universidad Deusto, Servicio de Publicaciones, Bilbao [disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>, última consulta: 29/09/2021].

19 GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., *La mediación como método de resolución de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 204 y ss.

20 MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., «La Justicia Restaurativa...», *op. cit.*, pág. 1249.

21 Sobre un estudio de campo realizado en España, véase, SOLETO MUÑOZ, H. y GRANÉ CHÁVEZ, A., «El proceso penal, mecanismo ineficaz de compensación a la víctima: un estudio de campo», *Revista de Victimología*, n.º 8, 2018 [disponible en: <http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/127>, última consulta: 29/09/2021], págs. 35 y ss.

3.2. En conclusión: la prohibición de la mediación en supuestos de violencia de género y violencia sexual a debate

La prohibición de mediación en los supuestos de violencia de género también se ha recogido expresamente en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), que establece en su art. 48.1 que las partes «adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio», por lo que el mediador antes de dar comienzo a las sesiones de mediación velará especialmente que no concurra indicio alguno de violencia de género a fin de garantizar el principio de igualdad entre las partes²². En tal sentido, la norma en nuestro Ordenamiento Jurídico sigue la estela de la legislación internacional y veta la posibilidad de acudir a estas vías restaurativas en supuestos de violencia sexual y de género.

No obstante, como venimos anunciando a lo largo de este trabajo, la JR constituyen una buena forma de poner fin de manera satisfactoria a los conflictos familiares y personales, especialmente en aquellos casos en los que la relación entre víctima y victimario van a tener que seguir necesariamente en contacto, por lo que vamos a cuestionarnos hasta qué punto tal prohibición debe ser tajante o, por el contrario, puede ser limitada en determinados supuestos. En muchos casos en los que se produce una situación de violencia intrafamiliar o de género, todavía se mantiene viva la relación y puede ser interesante explorar nuevas vías de resolución frente a los conflictos de este tipo o, incluso, en situaciones en las que ha habido una violencia de naturaleza sexual, como plantean alguna de las legislaciones de nuestro entorno jurídico y que han demostrado una gran operatividad —por ejemplo, en Italia tras la reforma operada por la Ley Cartabia— y otras experiencias extraeuropeas como las que tienen han tenido lugar en el ámbito anglosajón (EEUU, Reino Unido o Nueva Zelanda)²³.

El legislador español prohíbe la mediación y la hace extensible a todo tipo de supuestos en cuanto al tipo de delitos, de víctimas o del momento del proceso penal, principalmente para evitar que víctima y agresor se encuentren cara a cara y, con ello, evitar el desequilibrio emocional que dejaría a la víctima en situación de inferioridad. Actualmente, el art. 3 del Estatuto de la Víctima del Delito establece que: «1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, en su caso, de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado

22 No obstante, si se acude al Informe Explicativo se comprueba que la prohibición se circunscribe únicamente a aquellos casos en que el legislador nacional imponga con carácter obligatorio acudir a la mediación por ser contrario a la voluntariedad, principio inspirador de la mediación.

23 VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010 [disponible en: <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/69543/017384.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, última consulta: 02/10/2021], págs. 7 y ss..

del proceso. En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género».

Creemos que, esta prohibición expresa puede suponer, en algunos casos, en los que la víctima no se encuentre en una situación de inferioridad respecto a su agresor, una sobreprotección que conlleve un distanciamiento del proceso y, consecuencia, la aparte de todo lo que acontece durante el desarrollo del mismo y su finalización, sin que ello impida, por el contrario, como demuestra la experiencia judicial reciente, que en distintos procesos penales se excluya el principio de legalidad y se llegue a una conformidad en un supuesto de violencia sexual sin una verdadera reparación de la víctima más allá de la económica. En algún caso, los hechos son de tal gravedad que sorprende que la Fiscalía se haya avenido a pactar una pena en dos supuestos de agresión sexual que finalmente permitió aplicar la suspensión condicional de la pena por ser inferior a dos años de privación de libertad, sin que ello se cuestione por el legislador y los restantes operadores jurídicos. Quizás, precisamente, para evitar tales consecuencias, sería conveniente, en algunos casos, posibilitar la participación activa de la víctima que así lo desee en experiencias de Justicia Restaurativa que permitan no sólo la condena de los hechos sino también la reparación de la víctima con una asunción de responsabilidades civiles y penales por parte del agresor. Evidentemente, este modelo no puede ser extrapolable a todos los supuestos sino que se debe respetar la libertad y dignidad de la víctima, el principio de igualdad y la evitación de la victimización que tal proceso le pueda suponer. En este contexto, únicamente podría considerarse tal alternativa como viable, siempre que se reforme la legislación española al respecto²⁴.

En este sentido, en el ámbito internacional se ha desarrollado la mediación penal en delitos graves y de violencia sexual que presentan resultados muy positivos y alentadores sobre la mediación aplicada a estos delitos, a modo de ejemplo, podemos citar las experiencias desarrolladas en Estados Unidos, Canadá, Austria, Finlandia, Alemania e, incluso

24 Desde el año 2021 se vienen aceptando conformidades verdaderamente irrisorias frente a conductas totalmente deleznable amparadas en la reparación de la víctima y su perdón. Así, de este modo, en la SAP, Pamplona, Sección 2ª, 15/2021, de 15 de enero, ante unos hechos graves en los que el padre que ha estado realizando tocamientos continuados a la hija desde que ésta tenía 12 años hasta que cumplió los 17, calificados como abuso sexual del art. 181.1 y 4, en relación con el 180.1.4 del CP, se llega a la conformidad, concretándose la pena en dos años de prisión y la consiguiente suspensión de la misma. Lo mismo sucedió en la SAP, Vigo, 115/2021, de 13 de abril, en este caso, se trata de un delito de trata de blancas, una pareja capta a mujeres de diferentes países centroamericanos con gran necesidad económica y en situación irregular en España, y con el propósito de atentar contra su libertad, libertad sexual, dignidad, derechos laborales..., con engaño, las llevan a su domicilio particular, donde consuman sus propósitos. Este delito es calificado como abusos sexuales (cinco), agresión sexual (uno) y un delito de trata. En este caso, se llega a una conformidad, pena de un año de prisión por todos los delitos de abuso sexual; cinco meses de prisión por el delito de agresión sexual y tres años de prisión por el delito de trata de seres humanos con una indemnización a las víctimas de 1.000 y 6.000€. En nuestra opinión, esta conducta no debería ser tratada de la forma que se hizo y desmerecer con ello los derechos de las víctimas, que consintieron por evitar el proceso judicial sin que se tuviera en cuenta verdaderamente su reparación como víctimas. En este caso, no existía acusación particular y, por ello, la conformidad se fragua únicamente entre Ministerio Fiscal y defensa.

Véase, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Prologo» en VV. AA., *Código Penal y Ley Penal del Menor*, 30ª Edición anotada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 26 y 27.

en Italia²⁵. Asimismo, en Portugal, la Ley n.º 112/2009, sobre el régimen jurídico aplicable para la prevención de la violencia doméstica y de género, en una decisión legislativa muy acertada²⁶, no prohibía directamente la mediación en aquellos supuestos menos graves y siempre que cumplieren determinadas condiciones²⁷, hasta la reforma operada por la Ley 21 de 2007, que prohíbe cualquier forma de mediación en los delitos más graves, entre los que se encuentran los delitos contra la libertad sexual.

En otros trabajos ya hemos tenido ocasión de señalar que muchas veces la mejor solución no se produce mediante la vía judicial, dónde como ya dijimos la víctima no participará activamente en su solución y, en muchas ocasiones, ni siquiera tiene opción de participar de manera directa en el mismo²⁸. De hecho, a través del proceso penal tradicional, la víctima en muchas ocasiones no ve resarcido de la manera oportuna el derecho vulnerado. Si bien con las salvedades apuntadas —supuestos de grave entidad o en el que el daño físico y psicológico es mayor—, entendemos, que siempre que se salvaguarden los derechos de la víctima y se permita la libertad de elección de la misma en supuestos de escasa entidad y con la protección que permite la ley actual en los términos antes referidos en nuestro trabajo, sí sería posible acudir a un procedimiento restaurativo, sin que ello implique la falta de punición de la conducta penalmente reprochable y al tiempo se permita la reparación efectiva de la víctima²⁹.

Sin duda, un criterio delimitador de los supuestos de violencia sexual susceptibles de derivación a la mediación será la combinación de la gravedad del hecho, la naturaleza del hecho delictivo y, por último y no menos importante la necesidad de que se trate de un episodio esporádico y aislado con el fin de evitar que el varón se envuelva en una amplia espiral de vio-

25 SERRAMIÀ BALAGUER, L. «Nuevas oportunidades...», *op. cit.*, pág. 21.

26 CABRERA MERCADO, R., «Introducción» en ARANGÜENA FANEGO, C.; HOYOS SANCHO, M. y CABRERA MERCADO, R., *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011

27 Esta medida legislativa fue objeto de un amplio debate por la doctrina especializada, entre otras cosas, por los motivos brevemente reseñados en el párrafo anterior. En este sentido, podemos diferenciar dos posturas claramente enfrentadas, de un lado los defensores de la norma legal anteriormente vigente al considerar que no existía equidad entre víctima y agresor, que debía estar presente durante la mediación, recordemos que es uno de los principios esenciales de este mecanismo de resolución de conflictos. La desigualdad de partes se revela con el dominio del agresor frente a la víctima, lo que restaría libertad a la hora de decidir por parte de la mujer, para este sector doctrinal, la víctima carece de libertad para decidir acudir o no al procedimiento de mediación y, de someterse a él, el acuerdo alcanzado carecería de validez al considerar que la víctima carece de libertad y no es consciente de la magnitud de la decisión que acaba de tomar. Véase, entre otros, GUTIERREZ ROMERO, F. M., «La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género» en *La Ley Digital*, 32530/2011, pág. 2.

28 IGLESIAS CANLE, I. C.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I. y GONZÁLEZ PÉREZ, A., «El tratamiento de la víctima de violencia de género en el Ordenamiento Jurídico español», en BRAVO BOSCH, M. J. (dir.), *Feminización y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; o GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., «La reparación del daño para las víctimas de violencia sexual a través de la Justicia Restaurativa» en IGLESIAS CANLE, I. C. y BRAVO BOSCH, M. J., *Violencia sexual y libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 437 a 468.

29 BORGES BLÁZQUEZ, R., «Mediación penal y violencia en el marco de una relación de afectividad, una asignatura pendiente», *Revista Bolivariana de Derecho*, n.º 26, julio 2018, págs. 488-499.

lencia. Además, como venimos señalando, no se puede apreciar en la víctima una situación de dependencia emocional grave y continuada con su agresor, en esos casos, las decisiones alcanzadas no serán válidas por la sumisión a la que hacemos referencia.

Sólo se propone la revisión del actual modelo en relación con alguno de estos casos y no para los restantes en los que destaca la prevalencia del varón sobre la mujer, lo que supondría en la mediación la falta de igualdad entre las partes, la carencia de autonomía, paridad y objetividad entre oponentes³⁰.

En este sentido, consideramos la aplicación de fórmulas restaurativas surgidas en Estados Unidos y Canadá donde ya se utilizaron en este tipo de delitos, nos referimos a los *círculos*³¹. En efecto, «*la mera creación del círculo restaurativo, gracias a la participación de la sociedad, otorga un poder a la víctima, un empowertment o empoderamiento, que asienta su posición frente a la postura machista y maltratadora del infractor, creándose así una situación de igualdad en favor de la víctima, de protección y de apoyo por parte de toda la comunidad*»³², por estas razones, debe ser valorada muy positivamente dotar de respaldo legal a los círculos restaurativos para este tipo de conductas delictivas y, de este modo, las partes y el conjunto de la sociedad puedan gestionar debidamente las consecuencias perniciosas derivadas del mismo que, como dijimos, no siempre quedan resueltas a través del proceso penal.

En este sentido, al ampliarse el espectro de participantes en los círculos respecto de la mediación penal, le da a la víctima una protección y apoyo mayor sobre la misma, obviando el excesivo paternalismo del legislador al vetar cualquier práctica restaurativa en los delitos contra la mujer en los términos del Convenio de Estambul, del que nace la prohibición en el ámbito europeo³³.

Pero, obviamente, estas valoraciones positivas también se pueden hacer extensivas al agresor, quien, al reconocer su conducta y la ilegalidad de la misma, así como la sanción que merece por parte de la comunidad «*le ayuda a él como ser humano en cuanto a la convivencia futura, así como a la propia víctima y a la comunidad, los cuales podrán hacer desaparecer el miedo de futuras agresiones a la misma víctima o a otras*»³⁴.

Por ello, creemos que, debe cuestionarse el actual modelo de total prohibición de tales prácticas restaurativas, de forma que se puedan incorporar alguna de las anteriores experiencias a nuestro ordenamiento jurídico, con las debidas cautelas, sin una aplicación generalista y extensiva, pero sí casuísticamente, con programas de atención a las víctimas y con la consiguiente y correspondiente sanción penal que no reste credibilidad al sistema punitivo y que, al propio tiempo, permita una reparación efectiva del daño ocasionado a la sociedad y a la víctima en particular. La resocialización de estos delincuentes puede también ser un argumento adicional, pero siempre en un segundo plano respecto a la víctima, que puede verse aliviada por un sistema menos agresivo puesto que no olvidemos que el proceso penal supone una victimización adicional para la víctima ante la necesaria realización de los derechos de defensa del investigado y encausado por mucho que se evite la confrontación visual con el agresor.

30 ARANGÜENA FANEGO, C., «Sistemas alternativos...», *op. cit.*, pág. 133.

31 Sobre los círculos restaurativos nos remitimos al apartado 2.2.3 de este mismo capítulo.

32 MIGUEL BARRIO, R., *Justicia restaurativa...*, pág. 210.

33 IGLESIAS CANLE, I. C., «Libertad sexual...», *op. cit.*, págs. 273-274.

34 MIGUEL BARRIO, R., *Justicia restaurativa...*, pág. 211.

La prueba preconstituida no puede, como hemos visto al inicio de este trabajo, predicarse de estos supuestos, a no ser que se trate de menores en los que se presume *iures et de iure* que no pueden prestar válidamente su consentimiento, por lo que la declaración de la víctima debe reiterarse en el acto del juicio para poder destruir la presunción de inocencia, con lo que ello comporta para la víctima, dado el carácter público del proceso penal y la publicidad adicional que los medios de comunicación realizan en este tipo de delitos, lo que ocasiona mayores daños a la imagen pública de la propia víctima que se ve cuestionada en relación a su conducta sexual y a su libertad en tal sentido. La reforma legal trata, con el actual modelo que pone en el centro el consentimiento, poner fin a esos estereotipos de género, pero es indudable que no siempre es posible evitar tales consecuencias, al menos hasta que se produzca el necesario cambio social por medio de la educación y sensibilización en género, propugnado con buen criterio por la reforma legal analizada. Es en este contexto, sin ánimo de generalizar, donde tales planteamientos podrían tener cabida, en aras exclusivamente de tutelar los derechos de la víctima y siempre que se respeten los principios y derechos fundamentales de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual» en BRAVO BOSCH, M. J. (dir.), *Justicia y Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La Libertad sexual en peligro» en IGLESIAS CANLE, I. C. y BRAVO BOSCH, M. J., *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- BORGES BLÁZQUEZ, R., «Mediación penal y violencia en el marco de una relación de afectividad, una asignatura pendiente», *Revista Bolivariana de Derecho*, n.º 26, julio 2018.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», *La Ley penal*, n.º 86.
- CABRERA MERCADO, R., «Introducción» en ARANGÜENA FANEGO, C.; HOYOS SANCHO, M. y CABRERA MERCADO, R., *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011.
- CANO SOLE, M. A., «La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica», *La Ley Penal*, N° 109, 2014.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8882, 2016.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.; TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», *Revista de mediación*, n.º 7, 2011 [disponible en: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-7-05.pdf>, última consulta: 03/10/2021].

- CUADRADO SALINAS, C., «¿La mediación: una alternativa real al proceso penal?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf>, última consulta: 27/09/2021], 2015.
- DE LA CRUZ FORTÚN, M. A., *Factores predictores del impacto psicopatológico en víctimas de agresión sexual*, Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, Madrid, 2017.
- DEL POZO PÉREZ, M., «Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004», *La Ley*, n.º 98/99, 2012.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013-2016)*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2013.
- FUENTES SORIANO, O., «Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género» en CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S. *Estudios sobre la mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- GARCÍA, T., «Mediación, un arma de doble filo para las mujeres», *El Salto diario* [disponible en: elsaltodiario.com/justicia/mediacion-arma-doble-filo-mujeres, última consulta: 21/10/2021].
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., *La mediación como método de resolución de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GUTIERREZ ROMERO, F. M., «La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género», *La Ley Digital*, 32530/2011.
- IGLESIAS CANLE, I. C., «La tutela judicial en el ámbito de la violencia de género: la promoción del principio de igualdad (especial referencia a la Ley Gallega 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género» en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. e IGLESIAS CANLE, I. C. (Dirs.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- *Situación actual de la Justicia en España e Italia desde una perspectiva pluridisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- IGLESIAS CANLE, I. C.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I. y GONZÁLEZ PÉREZ, A., «Derecho de defensa en el proceso penal español y violencia sobre la mujer. Especial referencia a la violencia sexual», en BRAVO BOSCH, M. J. (dir.), *Feminización y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- LARRAURI PIOJAN, E., «Justicia restauradora y violencia doméstica» en ASUA BATARRITA, A. y GARRO CARRERA, E., *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, 2009.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el ius ponendi del Estado», *Revista de Derecho Penal*, N° 33, 2011.

- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., «La Justicia Restaurativa y un modelo integrador de la Justicia Penal», *Revista Derecho UNED*, n.º 16, 2015.
- MIGUEL BARRIO, R., *Justicia restaurativa y Justicia Penal. Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*, Atelier, Barcelona, 2019.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», *La Ley Penal*, n.º 112, 2015.
- SOLETO MUÑOZ, H. y GRANÉ CHÁVEZ, A., «El proceso penal, mecanismo ineficaz de compensación a la víctima: un estudio de campo», *Revista de Victimología*, n.º 8, 2018 [disponible en: <http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/127>, última consulta: 29/09/2021].
- SOLETO MUÑOZ, H., «Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España» en VV. AA., *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI, potencialidades y retos*, Colección Cuadernos Penales José María Lindón, Universidad Deusto, Servicio de Publicaciones, Bilbao [disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>, última consulta: 29/09/2021].
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010 [disponible en: <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/69543/017384.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, última consulta: 02/10/2021].

LA PRUEBA DIGITAL. ASPECTOS PROCESALES

DIGITAL EVIDENCE. PROCEDURAL ASPECTS

Celia Belhadj Ben Gómez

Magistrada y Doctora en Derecho

Palabras clave: prueba digital, soporte documental, prueba electrónica, prueba tecnológica, firma electrónica, documento informático, expediente judicial electrónico, instrumentos de reproducción y archivo.

Keywords: digital evidence, documentary support, electronic evidence, technological evidence, electronic signature, computerised document, electronic court file, reproduction and archiving tools.

Resumen: Se aspira a realizar un análisis de la prueba digital y soporte de aportación al proceso. Expediente electrónico judicial y requerimientos que le son propios, limitaciones en la práctica forense. Asimismo se abordará la firma electrónica previo estudio del documento electrónico e informático. El soporte digital e instrumentos de reproducción y archivo y su distinción. Para finalmente adentrarnos en el análisis de los medios de reproducción de la palabra, sonido e imágenes e instrumentos de archivo de datos relevantes para el proceso. Modo de proposición y práctica de prueba en estos casos.

Abstract: The objective is to carry out an analysis of digital evidence and the support for its contribution to the process. The electronic judicial file and its requirements, limitations in forensic practice. The electronic signature will also be dealt with after a study of the electronic and computerised document. The digital medium and the instruments of reproduction and archiving and their distinction. Finally, we will analyse the means of reproduction of words, sound and images and the instruments for archiving data relevant to the process. Mode of proposition and practice of the evidence in these cases.

I. LA PRUEBA DIGITAL

Se pretende abordar la prueba documental y las nuevas tecnologías, el soporte base de aportación y la incidencia en la prueba que nos ocupa. Ya sea como instrumento de aportación o como objeto de análisis propiamente dicho.

El desarrollo tecnológico viene implantando una modificación de usos que también de algún modo implican al proceso y a sus agentes intervinientes. La permanente aparición de nuevos mecanismos tecnológicos o aplicaciones para el uso de éstos provoca que los que estaban siendo empleados dejen de ser útiles para el fin que venían desempeñando.

Tal situación necesariamente afecta al proceso. Y ello porque, aún cuando el documento siga erigiéndose en prueba fundamental en este tipo de procedimientos, sin embargo, el soporte donde constan los datos ha variado, el papel ha dado paso al soporte informático que, no sólo es empleado en los programas de procesamiento de texto, sino que también se utiliza para la comunicación a distancia mediante el empleo del correo electrónico o para la grabación del sonido y la imagen.

La regulación de los medios de prueba en la LEC ya previno el empleo de dichos medios y su forma de incorporación al proceso en cuanto que estableció normas para resolver la aportación de pruebas empleando la tecnología, pero en materia documental sigue refiriéndose al documento, como soporte físico con las modificaciones posteriores derivadas de las leyes reguladoras del soporte electrónico, siendo necesario realizar una interpretación extensiva del término para poder calificar como tales los que se contienen en soporte distinto del papel.

Por prueba digital o electrónica según DELGADO MARTÍN¹ cabe entender toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio, destacando los siguientes elementos:

- Se refiere a cualquier clase de información.
- Ha de ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos.
- Debe tener efectos para acreditar hechos en el proceso.

Ahora existen sistemas de comunicación y usos sociales que antes no podríamos ni llegar a imaginar (whatsapp, correos electrónicos, video-conferencia, etc). Y es preciso que nuestro sistema judicial se adapte a ellos, introduciéndolos como prueba perfectamente válida, siempre y cuando cumpla unos requisitos de validez necesarios. Su introducción al proceso que, también se adapta a las nuevas tecnologías con normativa al efecto.

En una primera aproximación señala COLOMER HERNÁNDEZ² «al concepto de prueba tecnológica debemos considerar que este tipo de prueba es aquella en la que intervienen las nuevas tecnologías en su formación o en su producción. Es decir, la tecnología puede afectar tanto a la realidad que constituye la fuente de prueba, como al instrumento o medio a través del cual esa realidad pasa a ser conocida por el juez o tribunal».

Como señala BUENO DE MATA³, la llamada e-Justicia, se podría definir como «la inclusión del uso de las tecnologías del conocimiento e información en la Administración de Justicia y

1 DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración», en *Diario La Ley*, Wolter Kluwers, 2017, núm. 6, págs. 1 a 29.

2 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, «Prueba Tecnológica», en *Prueba en el Proceso Civil* (González Cano, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 582.

3 BUENO DE MATA, Federico, *Prueba electrónica y proceso 2.0. Especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 8.

Asimismo, véase DELGADO GARCÍA, Ana y OLIVER CUELLO, Rafael, «Aspectos jurídicos de los archivos judiciales y las tecnologías de la información y la comunicación. Especial referencia a la validez del documento electrónico y a la protección de datos de carácter personal», en *Los Archivos Judiciales en la Modernización de la Administración de Justicia, Consejería de Justicia, Junta de Andalucía*, 2007, págs. 599 a 608 y MIRA ROSA, Corazón, «La informatización de los archivos judiciales», en *Revista General de Derecho Procesal*, IUSTEL, 2009, núm. 19, págs. 1 y ss.

supone el uso de una pluralidad de instrumentos y canales tecnológicos a la hora de impartir justicia. En la actualidad, los principales canales tecnológicos que se usan en la Administración de Justicia son los ordenadores, los sistemas de videoconferencia, la videograbación de vistas, vías telemáticas para realizar actos de comunicación, las conexiones telefónicas, el fax e Internet; las cuales pueden llegar a hacernos pensar en múltiples proyectos para la adaptación de la justicia a la revolución tecnológica, tales como pruebas informáticas o digitales, portales, sistemas de gestión procesal y tramitación procesal web informatizados o incluso la posibilidad de realizar juicios en línea o juicios virtuales»

Brevemente ha de exponerse que, tras la creación del expediente judicial electrónico y la tramitación electrónica de los procedimientos, se vienen planteando una serie de problemas que también afectan a la proposición y práctica de prueba.

En el primer aspecto destacaremos que desde el 1 de enero de 2016 es obligatoria la presentación telemática de escritos y comunicaciones procesales (profesionales de la justicia y órganos judiciales) de acuerdo con la Ley 18/2011⁴, cuyo art. 30 ya dispuso que la Administración de Justicia debía dotar con anterioridad a esta fecha a las oficinas judiciales y fiscales con funciones de registro de los medios electrónicos adecuados a tal fin.

La tramitación electrónica de procedimientos según la Disposición Adicional 2ª de la citada Ley entraría en vigor el 7 de julio de 2016⁵.

El 1 de enero de 2017 la presentación telemática de escritos y comunicaciones procesales (no profesionales de la Administración de Justicia), según la Disposición Transitoria 4ª. 3 de la Ley 42/2015 no sería obligatoria para los no profesionales y hasta esta fecha se seguirán haciendo actos por los otros medios regulados por la Ley.

Por tanto, hasta esta fecha los ciudadanos no representados por procurador podrán elegir ante la Administración de Justicia actuar por medio electrónicos estando obligados en cualquier caso según el art. 273 LEC: las personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, notarios y registradores, funcionarios de la Administración Pública para la actua-

4 Sobre la aplicación de dicha normativa en el marco de la Administración de Justicia, puede verse SANCHO ALONSO, Jesús, *La función institucional del secretario judicial-letrado de la administración de justicia*, Universidad de Málaga, Tesis Doctoral, 2017, págs. 161 a 203 y DORADO PICÓN, Antonio, *Un cambio en la Administración de Justicia*, Universidad Pablo de Olavide, Tesis Doctoral, 2017, págs. 316 a 330 y BUENO DE MATA, Federico, «Comentarios al proyecto de Ley 18/2011, de 5 de julio, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia», en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, núm. 7659, págs. 1 y ss.

Asimismo, respecto del sistema de fuentes procesales a colación de la citada normativa, puede consultarse COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, «La ley 18/2011 en el sistema de fuentes procesales», en *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio* (Gamero Casado y Valero Torrijos, coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 89 a 150.

5 Respecto del Plan de Acción E-Justicia puede consultarse COLMENERO GUERRA, José Antonio, «El Ministerio de Justicia ante la modernización tecnológica de la Administración de Justicia», en *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio* (Gamero Casado y Valero Torrijos, coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 737 a 769.

ción y trámite que realicen por razón de su cargo, quienes representen a un interesado que esté obligado relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, y quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la administración en ejercicio de dicha actividad profesional.

También se prevé por la Disposición Transitoria 4ª.4 de la Ley 42/2015 la puesta en funcionamiento de un archivo de apoderamiento *apud acta*.

Con ocasión de la crisis sanitaria ocasionada por Covid-19 podremos enumerar algunas resoluciones dirigidas a propiciar y priorizar el uso telemático de instrumentos tanto en comunicaciones como celebración de juicios, vistas o diligencias judiciales. Destaca la guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas de 27 de mayo de 2020 elaborada por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en este sentido. En este documento se da prioridad total al uso de sistemas telemáticos, herramienta eficaz para evitar aglomeraciones en las sedes judiciales. Y que obliga a las administraciones prestacionales a poner en marcha los mecanismos necesarios para que su uso sea una realidad.

En este marco legal sería interesante analizar la forma de presentación de la prueba electrónica, su concepto general, forma de presentar documentos públicos y privados en el procedimiento, así como la presentación de copias de escritos y documentos; valor probatorio de los documentos públicos y privados en general, forma de exhibición de documentos, así como otras cuestiones relativas a la ejecución material de la prueba los supuestos del art. 382 a 384 LEC.

1.1. Prueba documental y nuevas tecnologías: el documento electrónico

La prueba documental en la LEC sigue manteniendo una regulación que contempla al documento en soporte papel, siendo necesaria una interpretación extensiva a esos otros «documentos» que se contienen en soporte distinto del papel, electrónico o digital, como aportación documental de datos en soporte digital y en aplicación analógica a la prueba de instrumentos de reproducción, archivo de palabras sonido e imagen⁶.

En otras palabras, se refieren las pruebas aportadas en soportes informáticos, o lo que es lo mismo la prueba electrónica, definida por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea como: «la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, la cual sirve para adquirir el convencimiento de la certeza de un hecho», en definitiva, información almacenada en formato digital. Ejemplos habituales en la práctica judicial son correos electrónicos, páginas web, mensajes de telefonía móvil, memoria flash, USB, disco duro externo...

6 Para valorar el recorrido normativo que presenta el documento judicial electrónico en la doctrina científica pueden confrontarse DE ASÍS ROIG, Agustín, «Documento electrónico en la Administración pública», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, núm. 11, págs. 137 a 190 y DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, «El documento electrónico: aspectos procesales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, núm. 10, págs. 525 a 632.

El documento electrónico aparece definido en el art. 3, apartado 5º de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma electrónica, como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente siendo la firma electrónica la empleada para identificar al firmante regulada en el mismo precepto, advirtiendo que no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de «firma electrónica reconocida» en relación a los datos a la que está asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

El art. 27.1 de la Ley 18/2011 dispone que «tendrán la consideración de documentos judiciales electrónicos las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda información que tenga acceso de otra forma al expediente, cuando incorporen datos firmados electrónicamente en la forma prevista en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título III de la presente Ley». La definición de documento judicial electrónico la encontramos en el art. 3.6 de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica dispone que el documento electrónico será soporte de documentos públicos cuando sean firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa.

En el ámbito específico de la Administración de Justicia, el art. 27.3 de la Ley 18/2011 establece que «tendrá la consideración de documento público el documento electrónico que incluya la fecha electrónica y que incorpore la firma electrónica reconocida del secretario judicial, siempre que actúe en el ámbito de sus competencias, conforme a lo dispuesto en las leyes procesales».

Se distinguen dos tipos de firma: la avanzada y la reconocida. La primera permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que esté vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medio que firmante puede mantener bajo su exclusivo control. La reconocida es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

A las anteriores se añade la firma electrónica cualificada tras la entrada en vigor del Reglamento Europeo número 910/2014 del Parlamento Europeo del Consejo de 23 de julio de 2014, que no afecta al derecho nacional o de la unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimientos relativos a la forma.

De otro lado, el *documento informático* es el creado a través de soportes de este tipo, su aportación al proceso se realiza mediante impresiones de los archivos que se encuentran contenidos en tal medio no es más que la consecuencia de la evolución tecnológica y en definitiva se refiere a la prueba documental tradicional obtenida a través de medios tecnológicos. Lo que más arriba llamábamos prueba electrónica en concreto referida a la documental.

La aportación documental desde luego ha de realizarse en legal forma y permitir el acceso y visionado en el expediente judicial electrónico⁷. De otro modo se perdería el sentido de la aportación que no es otro que instrumentar la razón de pedir y lograr la convicción del juz-

7 Al respecto, véase GONZÁLEZ ROMERO, Joan «El Expediente Judicial Electrónico», en *Práctica de tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, núm. 131, págs. 1 y ss.

gador. Por tanto, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 273.4 LEC, es de destacar la exigencia de un índice electrónico que permita su localización y consulta, en otro caso se estarían incumpliendo «las especificaciones técnicas» a que alude el apartado 5º de dicho precepto siendo un elemento fundamental para el correcto manejo del expediente cuando se trata de escritos acompañados de abundante documentación. Una indicación insuficiente de su contenido, que no resulte expresiva y diferenciadora, puede generar dificultades de localización de un documento concreto. Tampoco vale una identificación muy genérica que no individualice cada uno de ellos. Siendo motivo de inadmisión igualmente en caso de no ser subsanada dicha aportación.

De ahí la importancia de que estos documentos sean legibles, no sean escaneados de manera incorrecta o fruto de una cadena de impresiones y escaneados que impidan su visionado; por cuanto la consecuencia sería la inadmisión de dichos documentos o simplemente no entrar a valorarlos en caso de no procederse a la subsanación previa a solicitud del Tribunal. En este sentido cabe cita de la SAP de Barcelona 37/2016, de 1 febrero 8 (FJ 2º).

La LEC se ha venido transformando a través de las leyes reguladoras del soporte electrónico, que ha supuesto necesariamente modificaciones en materia de aportación de documentos al procedimiento afectando pues a la aportación de la prueba documental.

De otra parte, el art. 299.2 LEC y los arts. 382 a 384 del mismo texto legal, establecen un régimen autónomo a estas pruebas electrónicas, como fuentes de prueba distintas del documento electrónico, estableciendo particularidades según se trate de medios audiovisuales, reproducciones de cualquier clase de información o bien de instrumentos de archivo o reproducción de palabras o datos, es decir aquellas en que exista un tratamiento de lo archivado; estas de difícil distinción con los documentos electrónicos, de ahí que la propia Exposición de Motivos de la Ley le atribuya «una consideración análoga a la de las pruebas documentales».

En cuanto a su consideración como documento según MAGRO SERVET⁸, está bien claro que «ante la diferencia entre fuente de prueba (allí de donde pueden obtenerse hechos relevantes para el proceso) y medios de prueba (elementos que han de utilizarse para el advenimiento de estos hechos al proceso) debe rechazarse que se trate de documentos. No se trata de una forma de acceder a la consideración como documento aplicándoles las normas correspondientes a la prueba documental, sino que tiene autonomía propia contemplada en los arts. 382 a 384 LEC y que toda la referencia al carácter de documento que pueda hacerse se hará siempre de forma subsidiaria para poder interpretar lagunas que pudiera haber en los arts. 382 a 384 LEC».

No obstante, la parquedad o insuficiencia de su regulación obliga a integrarlos con las propias de otros medios de prueba, fundamentalmente y por analogía con la de la prueba documental. Los documentos en la actualidad se crean en soporte informático, y su aportación al proceso se realiza mediante impresiones de los archivos que se encuentran contenidos en tal medio. La admisión como prueba de éstos necesariamente es lógica consecuencia de la evolución tecnológica, lo contrario reduciría al absurdo de la desaparición de la prueba documental al no existir ya prácticamente documentos elaborados en otra forma.

8 MAGRO SERVET, Vicente, «Aspectos prácticos de la prueba electrónica en el proceso civil» en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, núm. 14, pág. 5.

En definitiva, la naturaleza jurídica de la prueba digital ha sido objeto de debate. A este respecto, ILLÁN FERNÁNDEZ⁹ ha propuesto la existencia de tres teorías diferentes:

- La teoría autónoma, que defiende que la prueba electrónica tiene una naturaleza autónoma o independiente de la prueba documental, y por ende, respecto de los medios de prueba tradicionales. Su fundamento está en la regulación separada de los nuevos medios de prueba del art. 382 a 384 LEC, que configurarían la prueba electrónica como un nuevo medio de prueba con naturaleza jurídica propia.
- La teoría analógica que sostiene que existe una correspondencia o analogía entre prueba documental y prueba electrónica, de suerte que el soporte electrónico o digital está sustituyendo paulatinamente al tradicional soporte en papel, pero debiendo darse prioridad al soporte en papel.

Esta tesis se ha defendido jurisprudencialmente en varios pronunciamientos, como los recogidos en la STS 523/99, de 12 de junio (F. J. 7º), en la STS 1067/92, de 30 de noviembre (F. J. 1º) y en la SAP de Baleares 44/2002, de 28 de enero (F. J. 3º).

La aplicación de esta doctrina supondría una identidad de la prueba electrónica con la documental, debiendo aplicarse a la primera el régimen jurídico y procesal de la segunda.

- La teoría de la equivalencia funcional que defiende que el documento electrónico y el documento en soporte de papel tienen los mismos efectos jurídicos, siempre que se cumplan una serie de requisitos establecidos por la propia doctrina.

Al igual que la anterior, existen pronunciamientos favorables a la misma siendo especialmente ilustrativa de esta teoría la STS 956/1997, de 3 de noviembre (F. J. 2º), que argumenta que «Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles. Por lo tanto, si se dan todas las circunstancias necesarias para acreditar la autenticidad de los ficheros electrónicos o del contenido de los discos de los ordenadores o procesadores y se garantiza, con las pruebas periciales en su caso necesarias, la veracidad de lo documentado y la autoría de la firma electrónica utilizada, el documento mercantil en soporte informático, con función de giro, debe gozar, (...), de plena virtualidad jurídica operativa».

De estas tres teorías, la realidad es que parece que la LEC no opta por una en concreto, sino que pivota entre la autónoma y la analógica. Esto es, por un lado, trata de extender el ámbito de aplicación de la noción de «documento», al tiempo que regula de manera autónoma los medios de prueba audiovisuales y los instrumentos autónomos en los arts. 382 a 384 LEC.

La aportación al proceso del contenido de un archivo informático o un correo electrónico, como medio de prueba, es medio de prueba documental que está sometido al tratamiento de la misma, con la obligación de acreditación, en caso de impugnación, tanto de la autoría como del contenido, sometiéndose al régimen del art. 326 LEC.

9 ILLÁN FERNÁNDEZ, José María, *La prueba electrónica. Eficacia y Valoración en el Proceso Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 252 a 270.

En definitiva, a la vista de la distinta regulación procesal según se considere que se está practicando uno u otro medio de prueba, habrá de diferenciar la prueba que consista en la aportación documental de datos que obren en soporte digital y la prueba que consista en la reproducción de la palabra, sonido e imagen.

1.2. Soporte digital e instrumentos de reproducción y archivo, distinción

Cabe distinguir entre: la prueba documental en soporte digital y los instrumentos de reproducción y archivo de datos relevantes al proceso, que como distingue la LEC serán tanto los de grabaciones audiovisuales como los instrumentos de archivo (arts. 382 y 384). No obstante, siguen siendo necesarios los pronunciamientos expresos sobre tal cuestión ante las posiciones que las partes procesales mantienen sobre dicha cuestión.

Al respecto, cabría citar AAP de Madrid 188/2017, de 20 junio (F. J. 3º) que ante la negación de efectos al documento presentado en dicho soporte mantuvo «el concepto de documento al que se refiere el art. 812 de la Ley Procesal no queda limitado a los que se encuentren en soporte físico papel, sino que se extiende a los que se encuentren en cualquier otro soporte físico distinto». Y, en este sentido, debe recordarse que el art. 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, establece que «se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado». Y, por otro lado, debe también tenerse presente que la progresiva sustitución del papel por otros soportes permite otorgar también la condición de documento a las reproducciones impresas de archivos informáticos¹⁰.

Se diferencia pues del medio de prueba que regula el art. 382 y el art. 384 LEC, que se refiere a los instrumentos de archivo y reproducción de palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas. No obstante, se ha empleado el art. 384 LEC para admitir la aportación de una fotografía incluida en un mensaje empleando la aplicación WhatsApp como en supuesto resuelto por la SAP de Valencia 214/2016, de 24 junio (F. J. 2º), o bien, la reproducción videográfica del video del enlace matrimonial por el que las partes reclamaban indemnización (SAP de Sevilla 12/2007, de 10 enero –F J 2º–).

II. LA REPRODUCCIÓN DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA IMAGEN

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de este medio probatorio, se han planteado distintos puntos de vista en la doctrina.

10 En el mismo sentido la SAP de Valencia 362/2018, de 2 mayo.

Para ARAGONESES MARTÍNEZ e HINOJOSA SEGOVIA¹¹, los medios e instrumentos audiovisuales e informáticos tienen naturaleza jurídica propia, constituyendo la denominada «prueba de instrumentos» o «prueba instrumental».

Por su parte, ORMAZABAL SÁNCHEZ¹², sostiene expresamente que lo seguro es que la regulación del apartado segundo del art. 299 y arts. 382 a 384 LEC no es autosuficiente o acabada, sino que precisa ponerse en conexión con el régimen específico de los medios probatorios de los que se nutre.

No obstante esta regulación legal, que sitúa a los instrumentos de reproducción y archivo de palabras, sonido, imagen y otros datos entre los medios de prueba, conviene poner de manifiesto que la doctrina científica ha considerado que más que de medios probatorios, se trata de fuentes de prueba¹³. O bien de «una especie de reconocimiento judicial. E incluso de una modalidad de prueba documental»¹⁴.

Podría entenderse que han de ser calificados como un *tertium genus* por otros autores¹⁵ porque:

1. Se asimilan a la prueba documental por el carácter mobiliario de su objeto
2. Se separa de la prueba documental porque no siempre se incorpora a las actuaciones, sino que se deposita para su conservación por el tribunal, bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia (arts. 382.2 y 384.2 LEC).

Por esta imposibilidad o dificultad de incorporación a los autos y porque el tribunal habrá de examinarlo por si mismo, esta prueba se puede equiparar a la prueba de reconocimiento judicial (art. 353 LEC).

11 ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara e HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *Cien cuestiones controvertidos sobre la prueba en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2004, pág. 179.

12 ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000.

13 En este sentido se han pronunciado ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime, «Internet y prueba civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, Vol. 100, núm. 4, págs. 135 y 136; MONTERO AROCA, Juan, «Prueba pericial», en *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil* (con Gómez Colomer, Montón Aroca, y Barona Vilar), Valencia, 2000, págs. 262 a 265 y GINÉS CASTELLET, Nuria, *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 109.

14 Así lo expresa DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 8 y 9 y GINÉS CASTELLET, Nuria, *La prueba electrónica*, op. cit., págs. 110.

15 CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, núm. 5, pág.1704; CERVELLÓ GRANDE, José, y FERNÁNDEZ, Ignacio, «La prueba y el documento electrónico», en *Derecho de Internet. La contratación electrónica y firma digital* (Matéu de Ros Cerezo y Cendoya Méndez de Vigo, coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 397; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La valoración de la prueba electrónico*, op. cit., pág. 9 y NIEVA FENOLL, Jordi, «Práctica y valoración de la prueba documental multimedia», en *Actualidad Civil*, Wolter Kluwers, Madrid, 2019, núm. 17, págs. 314, 319 y 324. También ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, «El documento electrónico como instrumento de prueba ante los Tribunales», en *Boletín de la ANABAD*, Madrid, 2006, Tomo 56, núm. 4, pág. 9 y GINÉS CASTELLET, Nuria, *La prueba electrónica*, op. cit., pág. 110.

Hay que mencionar también una tercera opinión, la de quienes consideran que lo más acertado hubiera sido atribuir a estos medios naturaleza documental. De este sentir participan ETXBERRIA GURIDI¹⁶ y RÍOS LÓPEZ¹⁷. Por su parte MONTÓN REDONDO¹⁸ sostiene que hubiera sido más operativo atribuir a los medios que estamos examinando la naturaleza de prueba documental, ya que esta dispone de una regulación más consolidada y pormenorizada que hubiera evitado las posibles lagunas y dudas en una prueba autónoma sin precedentes y a la que venía aplicándose mayoritariamente la normativa propia de los documentos.

La prueba mediante instrumentos audiovisuales, informáticos y electrónicos adolece de cierta coherencia sistemática. La idea inicial de la LEC de regular una prueba *sui generis* esta contradicha por su equiparación a la prueba documental de *facto*, como se desarrollará.

Este medio probatorio es el cauce oportuno para aportar al proceso dispositivos electrónicos. En este sentido, la aportación las fuentes de naturaleza tecnológicas a través de este medio de prueba permite incorporar al proceso componentes intangibles digitales que pueden resultar imperceptibles, si se imprimen y practican como documental. Así, se pueden aportar CD's, teléfonos móviles, tabletas electrónicas, discos duros, etc.

La aportación se realiza con los dispositivos originales y necesitan que la parte aporte la forma de reproducirlos. Nada obsta para incorporar al proceso un correo electrónico a través del medio de prueba de los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, aportando el soporte informático (ordenador, tableta electrónica,...), susceptible de reconocimiento judicial y acompañándolo de copia impresa y transcripción. En este sentido se pronunció la STSJ Andalucía 1718/2017, de 7 de junio (FJ 3º) que destaca, a su vez, que la prueba introducida por este medio de prueba no es susceptible de recurso de suplicación.

2.1. Instrumentos de filmación, grabación y semejantes

La naturaleza específica de este tipo de medio probatorio, regulado como medio de prueba autónomo o independiente de la prueba documental, genera múltiples cuestiones de naturaleza procesal en lo relativo a la proposición de este medio probatorio y su desarrollo en los actos orales.

Ya que para el art. 3 en su apartado 35 del Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, son documentos electrónicos ya que define como tal a todo

16 MONTÓN REDONDO, Alberto, «Medios de reproducción de la imagen y el sonido», en *La prueba, Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, núm. VII, págs. 173 a 202. Asimismo, véase MONTÓN REDONDO, Alberto, «La prueba en documento multimedia», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (Alonso-Cuevillas, coord..) Dijusa, Barcelona, 2000, vol. II, págs. 437 a 491.

17 RÍOS LÓPEZ, Yolanda, «La función directiva del juez en la determinación de los hechos», en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 12.7 a 176.

18 EXTEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, op. cit., pág. 361.

contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual

El art. 382 LEC regula como medio de prueba los instrumentos de filmación, grabación y semejantes.

Este tipo de pruebas está adquiriendo una especial relevancia en los procedimientos civiles al aportarse al proceso conversaciones orales, filmaciones, imágenes, conversaciones en redes sociales, mensaje directo mediante aplicaciones móviles, etc.... lo que viene provocando dificultades de índole procesal tanto en su admisión como en la valoración de estas pruebas.

A lo anterior se une la norma sobre la reproducción y custodia de los correspondientes materiales por cuanto implantado el expediente digital se han introducido al procedimiento como documentos electrónicos.

La naturaleza jurídica de este tipo de medio probatorio regulado de forma autónoma e independiente es el de prueba documental abarcando tanto la aportación de instrumentos de captación y reproducción de sonido, imagen, imagen y sonido, instrumentos informáticos, instrumentos derivados de la utilización aparato de control o medición, utilización de aparatos registradores y otros.

El régimen de presentación o incorporación al proceso se asimila al de los medios documentales en sentido propio o estricto como revela el art. 265.2 LEC no tiene carácter de prueba tasada o plena y está sometido a las reglas de la sana crítica.

Por su parte, el art. 382 .1 LEC establece:

«Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso».

Se plantea si para la práctica de esta prueba las transcripciones son precisas para la admisión y si en su caso podrían sustituir a la reproducción propiamente dicha. Al respecto cabe cita de la SAP de Madrid 214/2017 de 5 junio (F. J. 5º), que negó eficacia probatoria a los CDs aportados por cuanto no se reprodujo su contenido ante el tribunal no habiéndose aportado transcripción escrita de su contenido. Aquí se entendió que el medio de prueba no es el soporte físico sino su reproducción ante el tribunal exigible los términos del art. 382¹⁹.

También podría entenderse que basta la aportación del soporte y sólo para el caso de que la otra parte carezcan del instrumento adecuado para conocer su contenido o el propio órgano judicial se haga imprescindible la reproducción.

Por tanto, entregada copia a la parte contraria y no impugnado su contenido carecería de relevancia este planteamiento.

19 En el mismo sentido, SAP de Álava 552/2011 de 14 noviembre y SAP Guipúzcoa, de 25 de noviembre de 2008 y SAP de Alicante 139/2016 de 19 mayo.

En definitiva, se trata de que no se haya producido indefensión a la otra parte y que se haya respetado el principio de contradicción e igualdad de armas. Así se pronuncia el ATS de 18 septiembre 2007 (FJ 2º), en el caso de aportación de grabación no reproducida por causa imputable al recurrente que manifestó en el acto del juicio tener conocimiento de su contenido.

La aportación al proceso de la transcripción escrita de las palabras contenidas, al disponer la norma que se realizará «en su caso» puede considerarse que es opcional, como una forma de introducirlo como prueba a los efectos de ser contradicha (SAP de Alicante 24/2015, de 23 enero —F. J. 2º— y SAP de Badajoz 257/2017, de 12 diciembre —F. J. 3º—). La nueva redacción sustituye la expresión por «deberá» lo que no deja duda sobre la obligatoriedad de aportación.

En el caso de grabaciones telefónicas en supuestos de contratación por este medio, existen numerosos pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Barcelona que la consideran prueba documental bastando la aportación del soporte (SAP de Barcelona 980/2018 de 21 diciembre).

En supuesto de aportación de correos electrónicos acreditativos de la contratación electrónica de un préstamo y recepción de información precontractual, valorados como documental citaremos SAP de Barcelona 986/2018, de 21 diciembre (F. J. 3º) con relación en la STS 654/2017, de 1 de diciembre (F. J. 2º)²⁰.

2.2. Acta de reproducción y custodia correspondiente de materiales

Establece el art. 383 LEC bajo el epígrafe «Acta de la reproducción y custodia de los correspondientes materiales»:

«1. De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, como, en su caso, la justificación y dictámenes aportado las pruebas practicadas.

El Tribunal podrá acordar mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta.

2. El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el tribunal, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufre alteraciones».

A tenor de las conclusiones a las que se ha llegado el apartado precedente puede afirmarse que este precepto es subsidiario del anterior y sólo en el caso de que sea necesaria efectivamente la transcripción literal de palabras filmadas o grabadas se procederá a la extensión de acta y al visionado o audición en presencia del Letrado de la Administración de Justicia que extenderá el acta correspondiente y con presencia de todos los intervinientes en el litigio.

En este caso el soporte sería el medio de traer la prueba al proceso que permita conocer su contenido y la práctica en el momento de la reproducción en juicio. Todo ello partiendo del

20 Lo anterior debe combinarse particularmente con lo establecido en el art. 22 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

presupuesto de que se han cumplido las reglas de aportación documental y se ha respetado el momento de preclusión, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 265 LEC y sin perjuicio de las excepciones establecidas, sobre todo, en el art. 270 LEC respecto a la aportación extemporánea de cualquier documento.

También pudiera darse el caso de la exhibición documental a las partes, testigos o peritos aportados en soporte digital, lo que exigiría la tenencia de medios materiales que permitieran esta práctica. Podrían ser cañones proyectores que propicien esta exhibición documental incorporada en el expediente judicial electrónico no sólo a los presentes, sino también a quienes declaren por videoconferencia²¹.

Esto abunda en la necesidad de que la documental esté debidamente indexada y conforme a la ley a fin de que no se convierta en un obstáculo para la digitalización del expediente sino en una ayuda, esto es una herramienta y no razón de ser en sí misma.

De ahí la importancia del control inicial sobre la forma en que se aporta la prueba a efectos de la práctica posterior.

En el caso de transcripción literal de textos la expresión establecida en el art. 382.2 LEC sobre «podrá» acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras, fue sustituida por la palabra «deberá» en la reforma operada por la Ley 42/15, de 5 de octubre.

Por tanto, ha de ser aportada necesariamente por el interesado con copia a la otra parte para que pueda cotejar la integridad de dicha transcripción en lo que interese al objeto litigioso.

Por su parte, el párrafo 2º del apartado 1º podría estar en conexión con el art. 429.1 del mismo texto legal por cuanto el Tribunal acuerda la transcripción literal de palabras y voces filmadas o grabadas de relevancia para determinar qué interesa a los fines de la resolución de la *litis*.

Por tanto, existe una intervención directa para dirimir la relevancia de la prueba, lo que podría poner en duda la imparcialidad del Tribunal aun cuando existe esta previsión legal ya que es de cargo de la parte establecer la prueba en la que sustente sus pretensiones de acuerdo con el art. 217 LEC.

Finalmente, en lo que a custodia de la documental se refiere, merece consideración el hecho de la conservación por el Tribunal del material aportado introducido en el expediente judicial electrónico en aplicación de este precepto se complica. Una cosa sería la adveración del documento a fines probatorios, circunstancia relevante al impugnar la autenticidad de los mismos, que cuente con servidores extraños al órgano judicial y otra es la que prevé este precepto, que es la custodia de la documental incorporada ya que no podrá velarse por la seguridad de material informático o la plena integridad del soporte haya sido elegido por la parte.

21 La localización de los mismos para exhibición sería tarea del funcionario de auxilio judicial según la Instrucción 1/2018 de 22 noviembre de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial relativa a la obligatoriedad para jueces/zas y magistrados/as del empleo de medios informáticos a que se refiere el art. 230 LOPJ.

III. INSTRUMENTOS DE ARCHIVO, DATOS RELEVANTES PARA EL PROCESO

Dispone el art. 384 LEC «De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso».

«1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga.

Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del art. 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias.

3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este art. conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza».

En la práctica esta prueba tiene difícil encaje. La redacción parece responder a una vocación integradora de futuro, ya que todos estos instrumentos vienen comprendidos en los preceptos anteriores con excepción del relativo a operaciones matemáticas o reproducción de cifras.

Aquí se prevé que la parte proponente aporte los medios necesarios al Tribunal para su examen, es decir, se regula igual sistema de documentación que el art. de 382.2 LEC en el caso de cuestionarse la exactitud y autenticidad de lo reproducido, documentándose en autos del modo más apropiado según la naturaleza del instrumento bajo la fe judicial y, por tanto, adoptándose igualmente medidas de custodia que resulten necesarias al caso.

Esta prueba se practica mediante la aportación del instrumento para su examen tanto por el Tribunal como por las partes, que a su vez pueden alegar o proponer lo que a su derecho convenga, remitiéndose en cuanto a la impugnación a lo establecido en el párrafo segundo del precepto, de tal suerte que la proponente puede aportar junto con el instrumento prueba sobre el mismo, prueba que podrá solicitar o aportar la parte contraria cuando se cuestione la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

Elimina, por tanto, este precepto la aportación de la transcripción de las palabras que sin embargo sí prevé el art. 382 LEC. No obstante, podría plantearse, por la forma que están redactados ambos preceptos, que si la prueba se practica en el acto de la vista, que necesariamente ha de permitirse la aportación de dictamen al margen de los plazos preclusivos a que se refiere el art. 335 LEC, ya que, en tanto no se reproduzca o no se compruebe, la parte contraria puede desconocer la veracidad del medio, privándole de la posibilidad de aportar prueba sobre ello.

CONCLUSIONES

1. La prueba digital o electrónica es la que recoge información de valor probatorio a través de medio electrónico o transmitida por dicho medio. Aquélla en la que intervienen nuevas tecnologías en su formación o producción.
2. El contenido y soporte de la prueba se viene adaptando al conocido como expediente judicial electrónico que se está imponiendo como una realidad. Presentación telemática de escritos y comunicaciones procesales y tramitación electrónica.
3. El documento electrónico será el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente según la definición legal.

Serán documentos judiciales electrónicos las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal.

4. La prueba electrónica ha de realizarse en legal forma y permitir el acceso y visionado en el expediente judicial electrónico. Sin embargo por ahora ha de acomodarse a las necesidades actuales que suponen limitaciones materiales de medios ante los tribunales. Entretanto debe convivir con el soporte papel a fin de no ocasionar indefensión ni ralentizar la resolución de litigios (acceso, indexación, publicidad, visionado ágil... requisitos ineludibles y de difícil cumplimiento con los medios tecnológicos actuales al servicio de los órganos judiciales).
- 5.-El soporte es bien distinto de la consideración de documento electrónico o informático el cual se rige por normas distintas, aunque sí lo contemplamos como medio de prueba se trataría de la documental sujeta a las reglas de la sana crítica.

De hecho, el documento electrónico tiene sus propias reglas de aportación (arts. 265 y ss. LEC) y la impugnación también (arts. 320, 326 y 427 LEC). La prueba sobre autenticidad dependerá del soporte utilizado.

6. La digitalización de la prueba en la norma procesal tales se ciñe a la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. Instrumentos de archivo y datos relevantes para el proceso. Instrumentos de filmación, grabación y semejantes que en definitiva tiene el tratamiento de prueba documental (arts. 382 y ss. LEC)
7. La aportación se realiza por los dispositivos originales o de otro modo susceptible de reconocimiento judicial y acompañándolo copia impresa y transcripción.
8. Por tanto, el soporte digital determinará el modo de reproducir la prueba o tener acceso a la misma así como la exhibición de las partes. Pero ello no le dota de una naturaleza jurídica distinta de la documental y valoración conformará reglas de la sana crítica .
9. Cuando el medio de prueba sea la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes la parte deberá acompañar en todo caso transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte del que se trate y que resulten relevantes para el caso.
10. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar de modo que las demás partes del proceso puedan tener idéntico conocimiento. No se exige la aportación de transcripción en este caso.

Instrumentos que vienen comprendidos en preceptos anteriores con excepción del relativo a operaciones matemáticas o reproducción de cifras lo que supone prueba de difícil encaje.

11. En cualquier caso, el acceso digital ha de combinarse con la protección de datos, así lo exige la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos, de 5 de diciembre. Con el riesgo en otro caso de prueba ilícita (art. 11 LOPJ).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime, «Internet y prueba civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, Vol. 100, núm. 4.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara e HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2004.
- BUENO DE MATA, Federico, *Prueba electrónica y proceso 2.0. Especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BUENO DE MATA, Federico, «Comentarios al proyecto de Ley 18/2011, de 5 julio, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia», en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, núm. 7659.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, núm. 5.
- CERVELLÓ GRANDE, José, y FERNÁNDEZ, Ignacio, «La prueba y el documento electrónico», en *Derecho de Internet: La contratación electrónica y firma digital* (Matéu de Ros Cerezo y Cendoya Méndez de Vigo, coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2000.
- COLMENERO GUERRA, José Antonio, «El Ministerio de Justicia ante la modernización tecnológica de la Administración de Justicia», en *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio* (Gamero Casado y Valero Torrijos, coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, «Prueba Tecnológica», en *La Prueba en el Proceso Civil* (González Cano, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE ASÍS ROIG, Agustín, «Documento electrónico en la Administración pública», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, núm. 11.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, «El documento electrónico: aspectos procesales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, núm. 10.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, «La valoración de la prueba electrónica», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, núm. 10.

- DELGADO GARCÍA, Ana y OLIVER CUELLO, Rafael, «Aspectos jurídicos de los archivos judiciales y las tecnologías de la información y la comunicación. Especial referencia a la validez del documento electrónico y a la protección de datos de carácter personal», en *Los Archivos Judiciales en la Modernización de la Administración de Justicia*, Consejería de Justicia, Junta de Andalucía, 2007.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración», en *Diario La Ley*, Wolter Kluwers, 2017, núm. 6.
- DORADO PICÓN, Antonio, «Un cambio en la Administración de Justicia», Universidad Pablo de Olavide, Tesis Doctoral, 2017.
- EXTEBERRÍA GURIDI, José Francisco, «Las facultades judiciales en materia probatoria», Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GINÉS CASTELLET, Nuria, «La prueba electrónica», Bosch, Barcelona, 2011.
- GONZÁLEZ ROMERO, Joan «El Expediente Judicial Electrónico», en *Práctica de tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, núm. 131.
- ILLÁN FERNÁNDEZ, José María, *La prueba electrónica. Eficacia y Valoración en el Proceso Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.
- MAGRO SERVET, Vicente, «Aspectos prácticos de la prueba electrónica en el proceso civil» en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, núm. 14.
- MIRA ROSA, Corazón, «La informatización de los archivos judiciales», en *Revista General de Derecho Procesal*, IUSTEL, 2009, núm. 19.
- MONTERO AROCA, Juan, «Prueba pericial», en *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil* (con Gómez Colomer, Montón Aroca, y Barona Vilar), Valencia, 2000.
- MONTÓN REDONDO, Alberto, «Medios de reproducción de la imagen y el sonido», en *La prueba, Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, núm. VII.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o archivar y conocer datos», *La Ley*, Madrid, 2000.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, «El documento electrónico como instrumento de prueba ante los Tribunales», en *Boletín de la ANABAD*, Madrid, 2006, Tomo 56, núm. 4,
- RÍOS LÓPEZ, Yolanda, «La función directiva del juez en la determinación de los hechos», en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2005.
- SANCHO ALONSO, Jesús, *La función institucional del secretario judicial-letrado de la administración de justicia*, Universidad de Málaga, Tesis Doctoral, 2017.

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE APOYO AL ARRENDATARIO VULNERABLE TRAS EL FIN DE LA PANDEMIA

ANALYSIS OF THE MEASURES TO SUPPORT THE VULNERABLE TENANT AFTER THE END OF THE PANDEMIC

María Elena Cervantes Román

Abogada

elenacervantes@redqualitas.es

Sumario: I.- Introducción. II.- Contexto y normativa de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual. III.- Medidas de apoyo al arrendatario frente a la crisis sanitaria originada por el COVID-19. 1.- Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional. 2.- Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual. 3.- Moratoria de deuda arrendaticia. IV.- Nueva generación de contratos de arrendamiento de vivienda habitual. V.- Breve análisis del proyecto de ley por el derecho a la vivienda. VI.- Conclusiones. VII.- Bibliografía.

Palabras clave: Medidas de ayuda al inquilino. Ayudas al arrendatario por el Covid-19. Ayudas extraordinarias para el arrendatario de vivienda habitual. Suspensión extraordinaria de los desahucios.

Keywords: Measures to help tenants. Aid for tenants due to Covid-19. Extraordinary aid for tenants of primary residences. Extraordinary suspension of evictions.

Resumen: La crisis sanitaria originada por el Covid-19 ha afectado gravemente la economía de miles de familias. En concreto, la reducción sustancial de los ingresos provocada por la pandemia ha llevado a que muchos arrendatarios de vivienda habitual hayan tenido dificultades para cumplir con sus obligaciones. El Gobierno, con tal de intentar paliar la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba un numeroso colectivo, ofreció una serie de ayudas contempladas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que ha sido objeto de consecutivas prórrogas en cuanto a su vigencia. A fecha de redacción del presente artículo se ha publicado la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, cuyo contenido esencial será objeto de análisis, especialmente en lo que afecta al tema estudiado.

Abstract: The health crisis caused by Covid-19 has severely impacted the economy of thousands of families. Specifically, the substantial reduction of the income for many, caused by the pandemic, has led to many tenants of primary residences experiencing difficulties

in meeting their payment obligations. In order to alleviate the vulnerable situation faced by a large group of the population, the Government offered a series of aids outlined in Real Decreto-ley 11/2020, dated March 31, which has been subject to successive extensions in terms of its validity. At the date of writing this article, Law 12/2023, of may 24, for the right to housing has been published. The essential content of which will be analyzed, especially as it affects the subject studied.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de marzo de 2020 el Director General de la Organización Mundial de la Salud emitió el comunicado por el que declaraba como pandemia la emergencia sanitaria internacional en la que nos encontrábamos a causa del virus Covid-19. Después de tres años, el pasado 4 de mayo de 2023 el Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional ha determinado que, actualmente, el virus constituye un problema de salud establecido y persistente, aconsejando a partir de ahora articular medidas de gestión de la pandemia a largo plazo.

El cese de actividad trastocó en el mes de marzo de 2020 la dinámica familiar y laboral de manera inmediata y directa, llevando a muchos hogares españoles a situaciones límite y, por ende, al país en su conjunto. Con el fin de paliar su impacto, desde el decreto del estado de alarma, el Gobierno emitió una serie de disposiciones de carácter urgente y extraordinario por la vía del Real Decreto-ley aplicables a los diferentes sectores afectados.

Particularmente, uno de los ámbitos más inmediatamente perjudicados ha sido el de la vivienda. La disminución de los ingresos de muchos españoles a consecuencia del cese de actividad de empresas y autónomos, de despidos o expedientes de regulación de empleo temporal¹, ha provocado serias dificultades para hacer frente al pago de hipotecas y alquileres. Por este motivo desde el inicio de la pandemia las autoridades se han encargado de elaborar toda una batería de ayudas al deudor hipotecario y al arrendatario, con la finalidad de preservar lo que constituye no sólo una necesidad básica esencial del individuo, sino un derecho constitucional como es el derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española².

-
- 1 Como sabemos, la figura del expediente de regulación de empleo temporal o ERTE, está prevista en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. El recurso a esta medida de flexibilización temporal de los contratos de trabajo pretendía conservar un gran número de empleos ante la imprevisible crisis del Covid-19 y su incierta evolución. Frente a la conocida y polémica figura del expediente de regulación de empleo o ERE que supone el despido, el ERTE implica una reducción de jornada o una suspensión del contrato por tiempo determinado, que posibilita la vigencia del contrato y asegura una readmisión laboral al finalizar la causa que motivó su aplicación. No obstante, esta figura no estaba planteada para el supuesto que estamos viviendo, por lo que, si bien la crisis sanitaria ha sido absolutamente imprevisible, está durando más de lo esperado, haciendo desaparecer la característica nota de temporalidad del ERTE. En consecuencia, la readmisión del trabajador en muchos casos no ha sido posible por la dureza de los efectos de la crisis que ha llevado a muchos empresarios a la quiebra.
 - 2 En relación con la ubicación sistemática del derecho contenido en el art. 47 CE, éste se encuentra en el Capítulo Tercero de la Norma Fundamental titulado «De los principios rectores de la política social y económica», dentro del Título I. Supone un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos que deben orientar su actuación y política a garantizar el derecho a una vivienda digna.

El contrato de arrendamiento de vivienda habitual es una figura jurídica con una relevante trascendencia social, no ya por el peso que ha adquirido el alquiler dentro del mercado inmobiliario en los últimos años, sino porque supone la exteriorización del cambio de mentalidad y forma de vida que ha experimentado la sociedad española en apenas tres décadas. En el último cambio generacional se observa el paso de un modelo estable a otro basado en la eventualidad.

Tras varios años de pandemia y una vez superado el estado de emergencia sanitaria a nivel internacional, en el ámbito jurídico continúan no obstante prorrogándose los Reales Decretos-leyes emitidos durante el estado de alarma. El recurso a este mecanismo legislativo ha sido cuestionado por las numerosas materias que aún ahora son objeto de regulación a través de esta vía, teniendo en cuenta las restricciones que establece el artículo 86.1 CE para dictar este tipo de disposiciones en situaciones de urgente necesidad donde se prescinde, por agilidad, del procedimiento legislativo con todas sus garantías.

II. CONTEXTO Y NORMATIVA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL

Previamente a analizar las medidas de ayuda extraordinarias aplicables a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, es necesario contextualizar la normativa reguladora de esta materia que existía en España hasta la declaración del estado de alarma.

En primer lugar, cabe definir el arrendamiento de vivienda como aquel contrato que recae sobre una edificación habitable, cuyo destino principal es satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario³.

Así, los arrendamientos de vivienda habitual ostentan cierta particularidad respecto a otras categorías de arrendamientos. La singularidad de este tipo de contratos reside pues, en su objeto. La vivienda habitual como objeto del contrato de arrendamiento, justifica una regulación diferenciada por cuanto existe un derecho constitucional a la vivienda digna⁴, reconocido en el artículo 47 CE y un derecho a la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 de la misma Norma Fundamental. A su vez, el artículo 40 CC establece el domicilio o la residencia habitual como sede del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles. No sólo hablamos de vivienda, sino de vivienda o domicilio habitual. Este concepto

Así, la posibilidad de exigir su eficacia ante los Juzgados y Tribunales dependerá de lo que disponga la ley que lo desarrolle en virtud del artículo 53.3 CE.

3 En cuanto al concepto de arrendamiento de vivienda: MACÍAS CASTILLO, A. y LLAMAS POMBO, E. (coord.), «Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios y jurisprudencia doce años después», *La Ley*, grupo Wolters Kluwer, 2007, p.67.

4 La condición de edificación o vivienda habitable lleva inherente su consideración como digna y adecuada, haciendo posible la satisfacción de las necesidades elementales de la persona arrendataria. Al respecto, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R.: *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 49.

hace referencia al espacio más personal e íntimo en el que el individuo desarrolla cada una de sus facetas personales, un ámbito sin duda digno de protección. Es el lugar de localización y ejercicio de las actividades esenciales de la persona, con gran trascendencia jurídica. De hecho, el concepto civil se distingue del concepto fiscal o administrativo de vivienda o finca urbana⁵. Partiendo de esta base, la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual no puede sino caracterizarse por su especialidad y distinción dentro del ámbito de los contratos de arrendamiento, existiendo normas imperativas de obligado cumplimiento, que incluso limitan la libertad de convenio entre las partes.

Pues bien, la originaria Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), reguladora de este tipo de contratos, ha sido objeto de varias modificaciones sustanciales en los últimos años. Y ello, por una parte, para actualizar una normativa desfasada en la materia⁶; y, por otra, en pro de impulsar un mercado del alquiler de vivienda poco explotado en nuestro país. Citando el comienzo del preámbulo de la Ley 4/13, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas: «El mercado inmobiliario español se caracteriza por una alta tasa de propiedad y un débil mercado del alquiler».

No obstante, a raíz de la crisis inmobiliaria del año 2008 se produjo la quiebra del sistema hipotecario español. Como consecuencia de la inestabilidad económica y laboral y la supresión de ciertas medidas fiscales favorables a la adquisición de vivienda, entre otros factores, aumentó la demanda del alquiler. Para muchas familias supuso la opción menos comprometida económicamente y más flexible en cuanto a sus necesidades de ocupación habitacional.

En este contexto, nos encontrábamos con una regulación desfasada y con los intentos del Gobierno por responder de una manera rápida a la necesidad de ocupación de vivienda, en distinto régimen al de propiedad, que surgió repentinamente después del trance socioeconómico del 2008, en un momento en el que la normativa vigente sobre arrendamientos devino obsoleta. Si bien la crisis supuso en un primer momento que muchos españoles se decantaran por el alquiler como alternativa más accesible a la compra de una vivienda, la misma crisis provocó que ni siquiera muchas familias pudieran seguir haciendo frente al pago de la deuda arrendaticia. Por tanto, España no sólo no contaba con un mercado de alquiler de vivienda enérgico, sino que su momento álgido sobrevino súbitamente a raíz de la crisis, sin contar con una estructura que pudiera dar cobijo a tan alta demanda. En esta situación, muchos españoles quedaron desamparados o en difíciles posiciones económicas y, por ello, las reformas que se han ido sucediendo en materia de arrendamiento han ido encaminadas, sobre todo, a identificar a estos colectivos vulnerables con el fin de poder garantizarles un hogar.

5 Acerca de la distinción conceptual de la vivienda según el ámbito en el que se use y aplique, CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J.: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, Tomo I, Reus, 1956, p. 158 y 178.

6 Al respecto de la antigüedad de la LAU, O'CALLAGHAN, Xavier: Prólogo a la *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*, por FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. Aranzadi, 2019, p.12; recuerda el significativo papel que tuvo durante mucho tiempo la versión original de la LAU del año 1964, cuya relevancia jurídica ha sido difícil de desbanicar: «Hay que recordar que la LAU de 1964 estuvo en vigor durante treinta años, con reformas que hacen que la norma esté viva y responda al espíritu del pueblo». Si bien comparto esta afirmación, los cambios sociales que hemos experimentado en los últimos 10 años, motivados en gran medida por las nuevas realidades tecnológicas y formas de comunicación, han transformado a una velocidad inaudita ese espíritu del pueblo, dando lugar a una falta de reciprocidad entre la ley y la nueva realidad social.

La sucinta exposición de cada una de las disposiciones normativas de este epígrafe se ciñe al comentario de los preceptos cuyo contenido es modificado posteriormente por los reales decretos leyes dictados durante el estado de alarma. Con tal de llevar a cabo una presentación cronológica de los diversos textos normativos que han afectado y modificado la LAU, procede mencionar inicialmente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Esta norma definió los colectivos que, a ojos de la función garante de los poderes públicos, debían considerarse vulnerables y de urgente necesidad de protección en el contexto de crisis reinante. Aunque nació para ocuparse del mercado hipotecario y sus deudores, es muy relevante por cuanto describe a ciertos grupos de personas que, por razón de sus circunstancias personales y económicas, se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad respecto de las relaciones arrendaticias que los deudores hipotecarios de sus obligaciones reales de garantía. De hecho, a la enumeración de los grupos de riesgo que hace el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se remiten las disposiciones posteriores en materia de alquiler al establecer su ámbito subjetivo de aplicación, entre ellas las normas extraordinarias del estado de alarma. Mentando lo escrito en su preámbulo: «La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, exige la adopción de medidas que contribuyan a aliviar la situación para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social».

Así, la ley contemplaba ciertas medidas de apoyo económico y modificaciones procesales de las que poder beneficiarse las personas sin recursos, una vez acreditados los requisitos de necesidad exigidos al efecto⁷. Dos de las medidas más relevantes instauradas para aliviar la precaria situación de muchos deudores hipotecarios, tuvieron que ver con la suspensión de los lanzamientos en curso de deudores en riesgo de exclusión social de sus viviendas, y la flexibilización del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)⁸. La influencia de esta ley en materia de alquiler de vivienda habitual es clara, aunque indirecta, por ser la normativa específica del arrendamiento la que remite a los preceptos de esta ley que le son de utilidad en su propio ámbito de aplicación.

Pues bien, un mes después de la publicación de la Ley 1/13, de 14 de mayo, vino el primer intento de insuflar aire fresco a la concreta normativa del siglo pasado en materia de arrendamientos urbanos, de la mano de la ya mencionada Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Nació con el objetivo de dinamizar el mercado del alquiler de vivienda y de crear relaciones entre arrendadores y arrendatarios.

7 Tanto el artículo 1 de definición del supuesto de vulnerabilidad como el artículo 2 sobre los documentos acreditativos de la misma de esta Ley 1/2013, de 14 de mayo, son análogos a los previstos por el Real Decreto-ley 11/2020.

8 En dicho contexto de urgencia, el apartado segundo del artículo 1 del cuerpo normativo enumera como requisito subjetivo de aplicación de las medidas el pertenecer a uno de los siguientes grupos vulnerables: familias numerosas, familias monoparentales con al menos un hijo a cargo, familias con hijos menores, unidades familiares con miembros que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad, familias en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo, familias en las que exista una víctima de violencia de género y deudores mayores de 60 años. Junto a la concurrencia del supuesto de vulnerabilidad, el apartado 3 del mismo precepto establece el requisito objetivo de la carencia de ingresos con relación al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).

tarios basadas fundamentalmente en la autonomía de la voluntad entre las partes. Introdujo importantes cambios en la LAU y en la LEC.

Respecto a las variaciones del contenido de la LAU, la Ley 4/2013 redujo la duración mínima obligatoria del contrato de arrendamiento del artículo 9.1 de 5 a 3 años, con el correspondiente reajuste temporal de la prórroga obligatoria para el arrendador a partir de ese nuevo límite mínimo, al que tenían que llegar los contratos celebrados por tiempo inferior a 3 años. También suprimió la exigencia de la previsión expresa en el contrato, de la posible recuperación de la vivienda por parte del arrendador, en caso de necesitarla para sí o para sus familiares de primer grado de consanguinidad o adopción, o para su cónyuge. Al respecto, el anterior artículo 9.3 de la LAU permitía al arrendador, una vez transcurrido el primer año de duración del contrato y, previa comunicación al arrendatario con justificación de la causa, recobrar su vivienda. El ejercicio de esta facultad quedaba sometido a que, al tiempo de la celebración del contrato, se hubiera previsto tal posibilidad por escrito⁹. Ninguno de los cambios benefició al inquilino, que vio disminuida su expectativa de permanecer por más tiempo en la vivienda arrendada¹⁰. En cuanto a la renta y su actualización, en defecto de pacto, el artículo 18 dispuso que se actualizara la mensualidad conforme al índice de precios de consumo, siendo exigible el incremento a partir del mes siguiente a su notificación por parte del propietario. Que la renta se actualizara independientemente de haberlo previsto las partes en el contrato, tampoco supuso una ventaja para los derechos del inquilino.

Las modificaciones en la LEC se dirigieron a dotar de la máxima celeridad al procedimiento de desahucio por impago del arrendatario, con tal de reponer al arrendador en la posesión de su vivienda en el menor tiempo posible. Sin embargo, el texto de la ley no contempló medidas procesales de desahogo para el inquilino, a pesar de que el momento en que se dictó destacaba por el aprieto económico en que se encontraban muchos de ellos, siendo la crisis la causa de la falta de pago de sus rentas arrendaticias.

La reforma quiso incentivar a los propietarios de viviendas vacías a alquilarlas preservando sus derechos sobre las mismas y, al mismo tiempo, motivar a inquilinos potenciales a residir en régimen de alquiler en ellas, ofreciéndoles una ley que velara igualmente por sus derechos y les permitiera una residencia estable y duradera en el tiempo, para cubrir su necesidad básica de vivienda habitual. A pesar de ello, aunque con gran aspiración, la referida ley no consiguió alentar a los arrendatarios, entre otras circunstancias, porque no estableció un

9 No obstante, MARÍN LÓPEZ, J. J. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, 2010, p. 201; matiza que no es imprescindible una mención exhaustiva de las posibles causas que pueden acontecer en el futuro para poder aplicar la cláusula referida, abogando por una interpretación flexible de la norma.

10 Al respecto, no se entiende la utilidad de la reducción de la duración mínima del contrato de arrendamiento, por no responder a la finalidad de la ley originaria en cuanto a crear relaciones jurídicas arrendaticias de larga duración entre las partes, sobre todo en el momento en que fue dictada la norma. Comparten mi postura, FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A., *Nueva suma de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, 2019, p.19: «En este sentido, se ha optado por establecer un plazo mínimo de duración del contrato de cinco años, por entender que un plazo de estas características permite una cierta estabilidad para las unidades familiares que les posibilita contemplar al arrendamiento como alternativa válida a la propiedad. Al mismo tiempo, no es un plazo excesivo que pudiera constituir un freno para que tanto los propietarios privados como los promotores empresariales sitúen viviendas en este mercado».

verdadero equilibrio justo entre las partes de la relación jurídica, por regular más a favor de los intereses de los propietarios.

Fue en 2018 cuando el Gobierno dictó el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, aun así, derogado al poco tiempo, por no contar con la convalidación del legislativo que exige la Constitución española al efecto. La demanda de alquileres exigía una normativa aplicable adaptada a la realidad existente, orientada a garantizar la necesidad de vivienda del arrendatario sin desequilibrar ni menoscabar la posición del arrendador en la relación jurídica entre ambos. De la ausencia de respaldo del Congreso, se deduce la falta de reflexión y análisis que hubo a la hora de elaborar el cuerpo de medidas que contenía el decreto, circunstancia que derivó en la supresión de las mismas, postergando de esta manera el descuido en la urgencia de la tarea. Por su corta vigencia y aportación jurídica, no merece la pena detenerse en el estudio de las medidas derogadas.

Por último y, de nuevo recurriendo a la figura del decreto-ley, el Ejecutivo elaboró el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, en vigor desde el 6 de marzo de 2019 con el mismo título que su predecesor, pero esta vez contando con el sí del Congreso, que lo convalidó apenas un mes después el día 3 de abril. Su preámbulo comienza refiriéndose a la Ley 4/13, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas en el sentido de no dar «la reforma liberalizadora de 2013 los resultados esperados en lo relativo al incremento de la oferta de vivienda y la moderación de los precios, situando al arrendatario de una vivienda como residencia habitual en una posición que no responde a las condiciones mínimas de estabilidad y seguridad con las que se debe dotar al inquilino de una vivienda en posesión de justo título». A fecha de 2019, la situación de necesidad y vulnerabilidad en la que se encontraban muchas familias por no poder acceder a una vivienda, requirió de una regulación extraordinaria y urgente, que prescindiera de la lenta tramitación ordinaria parlamentaria de creación de normas, llegando la respuesta en forma de decreto-ley. En esos momentos, se apreciaba un aumento de los desahucios de vivienda arrendada, frente a una reducción de las ejecuciones hipotecarias. El Ejecutivo centró por segunda vez su atención en reformar la LAU y la LEC, los dos marcos normativos principales reguladores del alquiler¹¹.

Del estudio de esta norma se deduce un especial carácter tuitivo a favor del arrendatario. En esta ocasión, la balanza cedió del lado de la posición del arrendatario frente al arrendador, contrariamente a lo sucedido con la promulgación de la Ley 4/2013, a la que de hecho dejó sin efecto con los nuevos cambios introducidos. Se vuelve a la anterior duración mínima de los contratos de 5 años, a la previsión expresa en el contrato de la posible necesidad por

11 Frente a las disposiciones de la Ley 4/2013, de esta norma se desprende un ánimo tuitivo hacia el arrendatario. Con ese fin, en la LAU se establecen plazos mayores de duración mínima del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que los vigentes hasta el momento. Se pasa de una duración mínima obligatoria de 3 años indiferenciada, a 5 años para arrendadores personas físicas, y 7 años para arrendadores personas jurídicas. En cuanto a la prórroga obligatoria, una vez alcanzado el nuevo límite de 5 o 7 años, si las partes no manifiestan nada en contrario, el contrato extenderá sus efectos tres años más en vez de un año adicional como estaba previsto en la norma anterior. Otro de los cambios significativos en pro del inquilino es la ampliación del plazo de preaviso de la no renovación del arrendamiento. Antes se establecían 30 días de antelación para ambas partes; a partir del decreto-ley, el arrendador dispone de un plazo mínimo de cuatro meses para avisar de su voluntad de finalizar la relación jurídica mientras que, en el caso del arrendatario, son mínimo dos meses.

parte del arrendador de recuperar la vivienda y a la limitación de la actualización de la renta, cuestión devuelta a la esfera de decisión de las partes contratantes.

Como hemos tenido ocasión de verificar, las reformas en materia de arrendamiento de vivienda habitual han sido muchas e ineficaces. El desconocimiento de las necesidades y expectativas tanto de la oferta como de la demanda y la falta de meditación jurídica, han provocado la elaboración de una normativa poco práctica. En este momento, la realidad del mundo de los contratos de alquiler de vivienda vuelve a cambiar drásticamente, apareciendo situaciones problemáticas no contempladas por los presupuestos de hecho de ninguna legislación anterior, difíciles de resolver hasta para las partes contratantes. Será necesario plantear una regulación que de verdad se ajuste a las relaciones actuales existentes entre propietarios e inquilinos, estableciendo un marco normativo mínimo, garante de un equilibrio real de derechos y deberes de una y otra parte, a partir del que puedan erigir la regulación de sus propios intereses.

III. MEDIDAS DE APOYO AL ARRENDATARIO FRENTE A LA CRISIS SANITARIA ORIGINADA POR EL COVID-19

Si bien es cierto que, respecto a una relación jurídica, las leyes amparan tanto a una como a otra parte contratante, el equilibrio de derechos y obligaciones cede en ocasiones a favor de la posición más débil, previa ponderación de los intereses confrontados, como ya hemos visto. En el caso de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual el legislador ha pretendido proteger el interés del inquilino de cubrir su necesidad básica esencial de vivienda mediante las últimas reformas de la ley llevadas a cabo.

Respecto a las normas de apoyo al inquilino, las principales se establecieron en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19: la suspensión del procedimiento de desahucio y de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional, la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y la moratoria de la deuda arrendaticia.

La vigencia de dichas medidas se ha prorrogado en numerosas ocasiones. El art. 168 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, amplía nuevamente hasta el 31 de diciembre de 2023 la posibilidad de solicitar el incidente extraordinario de suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos que afecten a arrendatarios vulnerables sin alternativa habitacional, condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Real Decreto-ley 11/2020 originario.

3.1. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional

El artículo 1 del Real Decreto-ley 11/2020 establece como primera medida la suspensión del procedimiento de desahucio y lanzamiento de vivienda habitual.

Este precepto aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la LAU, respecto a los cuales el arrendatario acredite una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos del COVID-19, que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva. En este caso se producirá la suspensión extraordinaria del acto de lanzamiento¹². El arrendatario va a tener la posibilidad de solicitar al Juzgado la suspensión del señalamiento de la fecha del desalojo, previa acreditación de la situación de vulnerabilidad económica conforme a los requisitos previstos en los artículos 5 y 6 que veremos a continuación. El Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) a la vista de la documentación presentada, deberá dar traslado del asunto a los servicios sociales solicitándoles la elaboración de un informe. Corresponde al Juez, mediante auto, acordar la suspensión referida si considera acreditada la situación de vulnerabilidad económica del arrendatario. Cabe indicar que la norma permite al arrendador plantear igualmente encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica, para cuya acreditación rigen los mismos requisitos que en el caso del arrendatario. La ponderación de las circunstancias de cada uno llevará al Juez a tomar una decisión motivada sobre qué intereses deben prevalecer a efectos de acordar o denegar el incidente extraordinario de suspensión.

La mencionada situación de vulnerabilidad que fundamenta las medidas, se demuestra atendiendo al cumplimiento de dos condiciones que deben concurrir conjuntamente para poder acceder al beneficio de las ayudas, tal y como establece el artículo 5 del Real Decreto-ley mencionado.

En primer lugar, el arrendatario debe haber visto reducidos sus ingresos notablemente, por causa de despido, de Expediente de Regulación de Empleo Temporal (ERTE) o de reducción de ingresos sustancial, en caso de ser empresario. La relevancia de esta disminución se determina en función de múltiplos del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante IPREM), según el arrendatario tenga mayor o menor número de familiares a su cargo, estableciendo una cuantía máxima de ingresos con carácter general en el mes anterior a la solicitud de la medida del triple del IPREM, por debajo de la cual y hasta dicha cantidad, se cumple el requisito de necesidad económica requerido. Los modelos familiares que enumera este apartado del artículo 5 como potencialmente vulnerables, son análogos a los del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, referida en el marco teórico, en relación con procesos de lanzamiento de vivienda. En segundo lugar, la renta del alquiler, contando gastos y suministros básicos de la vivienda, debe suponer un porcentaje de un 35% o más, sobre la totalidad de los ingresos netos de la unidad familiar del arrendatario¹³.

12 Independientemente del uso aceptado de la palabra lanzamiento para referirnos a la orden judicial de desocupación de un inmueble por las personas que han dejado de ostentar un título de disfrute sobre el mismo, cabe diferenciar la figura del lanzamiento, que se produce en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, de la del desalojo, decretado en un proceso de desahucio de vivienda arrendada. El lanzamiento tiene lugar tras la realización de la ejecución de la garantía hipotecaria por parte del acreedor, que obtiene con ello la satisfacción de su derecho de crédito. En el ámbito de los arrendamientos de vivienda habitual que nos ocupa, el lanzamiento se refiere al acto de desalojo decretado por el LAJ en un proceso de desahucio, por el cual el propietario arrendador recupera la posesión de su vivienda. La ejecución hipotecaria está prevista en el Libro III de la LEC relativo a la ejecución forzosa, mientras que el proceso de desahucio de vivienda arrendada está previsto en el Libro II de la LEC relativo a los procesos declarativos.

13 Actualmente el IPREM para el año 2023 se fija en 600€ en periodo mensual y en 7.200€ y 8.400€ para periodos anuales, según existan 12 o 14 pagas, respectivamente. Disponible en la web <https://www.iprem.com.es/>. Último acceso el 26 de junio de 2023 a las 10:09 horas.

El precepto normativo sexto que sigue, enumera los documentos que deben presentarse para acreditar la concurrencia de las condiciones subjetivas establecidas por su precedente. El bloque lo conforman cinco justificantes. El primero es el certificado de percepción del subsidio por desempleo, situación de ERTE o cese de actividad de trabajador por cuenta propia. El segundo tiene que ver con acreditar el número de miembros habitantes en la vivienda habitual. Para ello se requiere: el libro de familia o documento de validez análoga respecto a las parejas de hecho, el certificado de empadronamiento de las personas en la vivienda en cuestión, reflejo de la convivencia familiar al momento de la presentación y respecto a los seis meses anteriores; y en su caso, la declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral. El cuarto documento consiste en la nota simple del Registro de la Propiedad sobre la titularidad de los bienes de todos los miembros de la unidad familiar. El quinto y último, una declaración responsable del deudor, relativa al cumplimiento de los requisitos de necesidad económica.

El segundo apartado del precepto permite al solicitante de la moratoria que no pudiese aportar algunos de los documentos requeridos en el apartado primero, la posibilidad de sustituirlo por una declaración responsable que explique las circunstancias relacionadas con la crisis del Covid-19 que le impiden tal aportación, aunque la documentación no facilitada deberá ser presentada posteriormente en el plazo de un mes tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas.

3.2. Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual

El artículo 2 del RD-ley 11/2020, establece como segunda medida la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual aplicable a los regulados por la LAU, respecto a los cuales finalice el periodo de prórroga obligatoria o el periodo de prórroga tácita o tácita reconducción, dentro del periodo comprendido entre la entrada en vigor de este RD-ley hasta el 30 de junio de 2023¹⁴. En estos casos, el arrendatario puede solicitar al arrendador, por un plazo máximo de seis meses, una prórroga extraordinaria de la duración del contrato, que debería ser aceptada por éste, salvo acuerdo distinto entre las partes.

Esta medida se proyecta sobre el aspecto temporal del contrato de arrendamiento de vivienda habitual. El artículo establece que la solicitud debe ser aceptada por el arrendador salvo que se fijen otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes. De llevarse a efecto la prórroga, la relación jurídica se regula en los mismos términos pactados en el contrato ampliado.

No obstante, en caso de que el propietario necesite la vivienda conforme a los términos previstos en el artículo 9.3 de la LAU, éste podrá exceptuar esta circunstancia frente a la soli-

14 El Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, actualiza el plazo de vigencia de esta medida hasta el 30 de junio de 2023 en su artículo 71. Sin embargo, en el texto del original RD-ley 11/2020 disponible en la versión digital del BOE, aparece la fecha desfasada del 28 de febrero de 2022, por la última actualización publicada el 27 de octubre de 2021, en vigor a partir del 28 de octubre de 2021.

cidad de prórroga del inquilino en la forma y en los plazos establecidos en el artículo referido de la LAU. En este sentido, el requisito de la previsión expresa en el contrato de este posible acontecimiento resulta imprescindible. En caso contrario, no podrá el arrendador solicitar al arrendatario que desocupe la vivienda¹⁵.

Por último, en estos casos la posibilidad de actualizar la renta, a falta de pacto entre las partes, queda limitada a las restricciones establecidas en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, impidiendo que el aumento de la renta exceda del resultado de aplicar la variación anual del índice de Garantía de Competitividad a fecha de la actualización.

3.3. Moratoria de la deuda arrendaticia

Esta tercera medida contemplaba, escuetamente, la posibilidad de pedir un aplazamiento en el pago de la renta de vivienda habitual, por parte del inquilino que se encontrara en la reiterada situación de vulnerabilidad económica a causa del COVID-19. Contribuía al desahogo de la situación de los arrendatarios que cumplían ordinariamente con su obligación de pago hasta la declaración de la pandemia. La moratoria podía solicitarse hasta el 28 de febrero de 2022.

Los grandes arrendadores tienen menos posibilidades de cara a una negociación con los inquilinos, ya que se les presume una mayor capacidad económica para poder sobrellevar una eventual pérdida de ingresos económicos. Así, el título del artículo 4 del RD-ley 11/2020 resulta ilustrativo del sentido de las medidas dirigidas a los grandes propietarios¹⁶: «Aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores y empresas o entidades públicas de vivienda». A falta de acuerdo entre las partes tras la solicitud por parte del inquilino, el arrendador debía comunicarle al arrendatario en el plazo máximo de 7 días laborables, su decisión escogida entre dos alternativas: la reducción del 50% de la renta durante el tiempo de duración del estado de alarma, extensible hasta un máximo de 4 meses; o bien una moratoria en el pago durante el tiempo de duración del estado de alarma, extensible hasta un máximo de 4 meses. Estas cantidades aplazadas no devengarían intereses. A pesar de la aplicación automática de esta moratoria para el arrendador gran tenedor, quedaba abierta la posibilidad del pacto libre entre las partes, siempre y cuando no se perjudicara al inquilino.

Distinto es el tratamiento más flexible que se prevé para los pequeños propietarios. Si las partes no llegaban a acuerdo y el arrendador no aceptaba la negociación sobre la renta, el

15 No obstante, a favor de la posición del arrendador, FUENTES-LOJO RIUS, A. cit. p.9: «En aras de dotar una mayor seguridad y flexibilidad al contrato en beneficio del arrendador, abogamos por una ampliación de la causa de necesidad a aquellos supuestos en los que el arrendador se encuentre en una grave situación económica o de extrema necesidad sobrevenida, quedando facultado para resolver el contrato», p.105. Precisamente tiene cabida en esta propuesta, a la que me uno, la situación de crisis sanitaria en la que nos encontramos.

16 El artículo 4 del Real Decreto-ley 11/2020, identifica a los grandes tenedores como las personas físicas o jurídicas titulares de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m².

arrendatario podía recurrir a las ayudas transitorias de financiación por cuenta del Estado para pagarla siempre y cuando se encontrara en la posición de debilidad económica definida por el artículo 5 de la disposición original anteriormente expuesto. Prima pues, la autonomía de la voluntad y libertad de pacto entre los contratantes salvo que el arrendador sea gran tenedor. Resulta llamativo que no estén definidos los criterios de pequeño tenedor, que se identifican como aquellos que no son grandes tenedores, para los que sí están definidos los parámetros explícitamente: persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m². Sin embargo, a modo de reflexión, la tenencia a título de dominio de más de 3 hasta 10 inmuebles, supone a mi juicio una manifestación de significativa capacidad económica y patrimonio.

IV. NUEVA GENERACIÓN DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL

A consecuencia de la pandemia, arrendadores y arrendatarios se vieron irremediablemente obligados a revisar y renegociar las condiciones del contrato que les unía. Unos llegarían a mejores soluciones que otros, y aun con las ayudas ofrecidas por el Gobierno, la pandemia originada por el Covid-19 ha supuesto un punto de inflexión en la configuración de las relaciones contractuales privadas.

Aunque el análisis de la cláusula «rebus sic stantibus» queda al margen del objeto de estudio de este artículo, es interesante mencionar ciertos aspectos por los que sí guarda vinculación con los cambios que han sufrido los contratos de arrendamiento de vivienda habitual a consecuencia del estado de alarma.

La cláusula «rebus sic stantibus» en ocasiones y atendiendo al caso concreto puede resultar oponible como excepción al principio general de «pacta sunt servanda» que rige en materia de contratos. Frente a la seguridad jurídica que impide modificar aleatoria y unilateralmente los términos de un contrato inter-partes, la cláusula «rebus sic stantibus» permite renegociar las condiciones por una causa sobrevenida que lo haga necesario. Esta causa sobrevenida responde a la aparición de una circunstancia imprevisible en el momento de la celebración del contrato para ambas partes, que implica un cambio sustancial en alguno de los elementos de la relación jurídica, pero que permite la subsistencia del vínculo contractual entre los contratantes.

En otro orden de cosas, dada la excepcionalidad del suceso de la pandemia, resulta interesante el planteamiento sobre la viabilidad de la alegación del artículo 1.105 CC para dar por terminada la relación contractual y poner fin al contrato. En este caso, esta vía tendría cabida cuando lo que se persigue es liberarse de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación, con motivo en esta causa imprevisible y ajena a la voluntad de la parte.

V. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

El 25 de mayo de 2023 se publicó en el BOE la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda¹⁷. El texto está inspirado en disposiciones internacionales, tales como la Declaración Universal de derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y disposiciones europeas como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Consta de Preámbulo, 5 títulos, 6 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 9 disposiciones finales.

En su Preámbulo, destaca la relevancia social de la vivienda y la trascendencia que tiene para el desarrollo de la vida del individuo reconocida en el art. 47 CE que implica, a su vez, un principio de acción dirigido a los poderes públicos que deben garantizar el bienestar de los ciudadanos con políticas que promuevan y faciliten cubrir la necesidad básica y esencial de vivienda. Además, menciona los objetivos de desarrollo sostenible establecidos en la Agenda 2030, que insta a los gobiernos de los diferentes Estados a adoptar medidas de política social y económica dirigidas a promover el acceso de todas las personas a una vivienda digna y adecuada en condiciones asequibles, atendiendo especialmente a las dificultades económicas y sociales de ciertos colectivos vulnerables.

La voluntad del legislador ha sido elaborar una ley de ámbito estatal que garantice un tratamiento uniforme del derecho a la vivienda, máxime a la vista de la profusa y dispersa normativa autonómica existente en la materia. Esta ley se dicta dentro del marco de las competencias estatales y autonómicas atribuidas por la Constitución respectivamente a cada uno de los poderes públicos en materia de vivienda. Si bien las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1 3^a de la CE, asumen la potestad en materia de vivienda, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales¹⁸.

Entre los objetivos de la nueva Ley se encuentran establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda así como de los asociados a la propiedad de la vivienda, facilitar el acceso a la misma atendiendo especialmente a los colectivos vulnerables, dotar de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la accesibilidad universal y la habitabilidad de las viviendas y mejorar la protección de los ciudadanos en las operaciones de compra y arrendamiento introduciendo unos mínimos de información necesaria.

Asimismo, se anticipa la intención de favorecer el equilibrio entre la oferta de vivienda y la necesidad de residencia habitual, a través de la introducción de medidas que tienden a evitar

17 BOE núm. 124, de 25 de mayo de 2023. Referencia: BOE-A-2023-12203.

18 En el Preámbulo de la Ley 12/2023 de 24 de mayo, el legislador justifica el título competencial al amparo de las competencias exclusivas estatales del artículo 149.1 CE con respecto a las competencias en materia de planificación general de la actividad económica, legislación civil y mercantil, ordenación del crédito, banca y seguros, hacienda general y deuda del Estado y protección del medio ambiente. La norma estatal no debe entrar en conflicto con las competencias exclusivas a nivel autonómico.

del uso antisocial de la vivienda o las conductas discriminatorias llevadas a cabo por los propietarios de las mismas, estableciendo a los efectos un estatuto de los derechos y deberes básicos de los titulares de viviendas para garantizar, de manera efectiva, la función social de la vivienda como cuestión de interés general.

En cuanto al contenido de la norma, se destacan a continuación algunos de sus preceptos más significativos. En primer lugar, el art. 1 del Título Preliminar establece como objeto de la norma regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada y a su disfrute en condiciones asequibles por parte de todos los españoles. En segundo lugar, establece el contenido básico del derecho de propiedad sobre la vivienda en relación con su función social¹⁹. En este punto incluye el deber de destinar la vivienda al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, facultando a los poderes públicos a garantizar su adecuado cumplimiento mediante las medidas que procedan legalmente.

Seguidamente el artículo 2 establece que, la actuación de los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias deberá orientarse a hacer efectivo el derecho de acceso a la vivienda, a promover el uso y disfrute de la misma, a garantizar el mantenimiento, conservación y rehabilitación de las viviendas y a asegurar la habitabilidad en condiciones mínimas de calidad, funcionalidad y accesibilidad universal.

Otra cuestión de interés jurídico es la distinción que hace la norma entre vivienda y vivienda digna y adecuada en el artículo 3. En relación con la de vivienda, ofrece un concepto descriptivo de la cosa, el edificio, bajo un criterio que recuerda al de la Ley de Propiedad Horizontal. Respecto a la vivienda digna y adecuada, introduce una larga definición con elementos de notorio carácter medioambiental, manteniendo las notas esenciales del domicilio o morada, esto es, aludiendo al espacio íntimo y de pleno desarrollo de la persona, cuyo tenor reproduzco a continuación: «Vivienda digna y adecuada: la vivienda que, por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas». Cabe destacar la definición que se introduce de residencia habitual como vivienda que conste inscrita como tal en el padrón municipal, sin atender a ningún criterio temporal de referencia. Así mismo, resulta llamativo que en relación con el concepto de Gran tenedor previsto en la letra k) del citado artículo, quede abierta la posibilidad de acotar el criterio delimitador de tenencia de inmuebles a título de propiedad a la cifra de 5 o más para casos de zonas residenciales tensionadas, siempre y cuando esta alteración sea debidamente justificada por la correspondiente comunidad autónoma.

19 Al respecto de la función social de la propiedad, argumenta NOGUERA FERNÁNDEZ, A. «Regular los alquileres en un escenario hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España», en *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 24, que implica siempre la existencia de una relación redistributiva conflictiva entre partes beneficiadas, los que no tienen, y perjudicadas, los que tienen.

Otro concepto novedoso es el «sinhogarismo» definido en la letra l) de este art. 3, que implica la «circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia. Podrá calificarse como sinhogarismo cronicado, cuando la situación de sinhogarismo continúe o se produzca a lo largo de un periodo de tiempo igual o superior a un año».

Atendiendo a la naturaleza tuitiva de la ley, se reconocen en el art. 6 las situaciones de discriminación, directa e indirecta, que sufren algunas personas cuando se ven rechazadas o excluidas en algún aspecto relacionado con la vivienda sin causa legítima, así como las situaciones de acoso inmobiliario. El precepto ordena a las Administraciones competentes a garantizar la prevención de estos supuestos mediante la adopción de medidas de protección específicas.

Por su parte, el Título I de la Ley dispone en el art. 7 los principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda. Dentro del mencionado Título, el Capítulo I establece el estatuto básico del ciudadano en relación con la vivienda y el Capítulo II, el régimen jurídico básico del derecho de propiedad de vivienda. Respecto al contenido del derecho de propiedad que desarrolla este último capítulo, enumera el precepto como deberes y cargas, entre otras, las siguientes: disfrutar la vivienda conforme al uso propio y efectivo de su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad, evitar la sobreocupación y cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente en caso de que la vivienda se ubique en zona tensionada. Este artículo 10 prevé en su apartado 2º, letras e) y f), como medidas que podrán adoptar y ejecutar las Administraciones en pro de favorecer el acceso a la vivienda, las siguientes: fomentar la iniciativa privada mediante convenios con los titulares de viviendas para su cesión a las Administraciones públicas competentes u otras fórmulas para favorecer el incremento de la oferta de alquiler social o a precio asequible y fomentar la intermediación en el mercado de arrendamiento de viviendas para propiciar su efectiva ocupación.

Los preceptos que se contienen en el Título II introducen las reglas de actuación en materia de vivienda a nivel estatal y desarrolla los principios de colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones públicas, estableciendo como órganos de seguimiento y control de los planes y protocolos de vivienda y rehabilitación, regeneración y renovación urbana y rural, la Conferencia Sectorial de Vivienda y Suelo, la Comisión Multilateral de Vivienda y Suelo y las Comisiones Bilaterales de Vivienda y Suelo, siendo el órgano consultivo el Consejo Asesor de Vivienda, cuyo régimen se desarrollará reglamentariamente. Merece especial mención el artículo 18 que regula la declaración de zonas de mercado residencial tensionado. En virtud de este precepto, las comunidades autónomas podrán declarar como tal ciertas zonas donde exista un riesgo de oferta insuficiente de vivienda a través del correspondiente procedimiento, que se dirigirá a establecer ciertas medidas tendentes a atender adecuadamente la demanda de vivienda habitual. A mi juicio, el contenido de este artículo constituye una de las novedades más trascendentales que introduce la nueva ley.

Los Títulos III y IV se ocupan del Parque público de vivienda y de las medidas de transparencia en las operaciones de compra y arrendamiento, respectivamente. Así, los artículos 30 y 31 de la ley imponen el deber de proporcionar a los demandantes, adquirentes o arrendatarios de vivienda información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible sobre las características de las viviendas, los datos sobre los titulares, sus elementos y condiciones jurídicas y económicas para su compra o arrendamiento; información que podrá requerir la persona interesada antes de la formalización de la operación o de la entrega a cuenta de cualquier cantidad.

Por último, por su relación con el tema objeto de estudio y desarrollo en el presente artículo, conviene resaltar las disposiciones transitorias tercera y cuarta, así como las disposiciones finales primera, segunda, quinta, sexta y octava.

Por la Disposición transitoria tercera, en relación con los procedimientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, ya analizado con anterioridad en otro epígrafe, a la entrada en vigor de esta ley, y a partir del 30 de junio del 2023, se establece que dicha suspensión, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda en los términos previstos en la ley, sólo se reanudarán a petición expresa de la misma si la parte actora acredita que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes conforme a la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

Respecto al régimen transitorio de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, la Disposición transitoria cuarta establece que continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación, salvo acuerdo entre las partes que no resulte contrario a las previsiones legales, por el cual los contratos preexistentes se adapten a las nuevas previsiones legales. Todo ello, sin perjuicio de la vigencia de las diferentes medidas extraordinarias ya aplicadas a determinados contratos de arrendamiento de vivienda.

La Disposición final primera introduce modificaciones en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, tales como la obligatoriedad de la prórroga del contrato para los grandes tenedores, una limitación a la renta pactada cuando el inmueble se ubique en zona de mercado residencial tensionado y el mandamiento al Instituto Nacional de Estadística de elaborar un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda antes del 31 de diciembre de 2024.

La Disposición final segunda contempla incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda, consistentes en una reducción sobre el rendimiento neto positivo del capital inmobiliario desde un 50 a un 90% según las circunstancias.

La Disposición final quinta modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los procedimientos de desahucio y lanzamiento, sus requisitos, evaluación de las situaciones de riesgo de exclusión social de la parte demandada y las condiciones que pueden llevar a la posibilidad de suspender los mismos.

Para concluir, la Disposición final sexta modifica la limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda vinculada al Índice de Garantía de Competitividad, estableciendo que la persona arrendataria de un contrato de

alquiler de vivienda sujeto a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, cuya renta deba ser actualizada porque se cumpla la correspondiente anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre la entrada en vigor de este real decreto-ley y el 31 de diciembre de 2023, podrá negociar con el arrendador el incremento que se aplicará en esa actualización anual de la renta, con ciertas restricciones en caso de arrendador gran tenedor. Igualmente, podrá negociarse la actualización de las rentas que deban ser actualizadas porque se cumpla la correspondiente anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024, bajo las condiciones establecidas en la ley.

VI. CONCLUSIONES

La crisis del mercado del alquiler se ha acentuado por los efectos de la pandemia, afectando esencialmente a las personas de los arrendatarios y sus circunstancias económicas y sociales, muchos de los cuales se encuentran en situación de vulnerabilidad. Ello ha puesto de manifiesto la necesidad de disponer de una regulación básica a nivel estatal, dentro del marco competencial establecido por la CE entre el Estado y las Comunidades Autónomas, con la finalidad de unificar el tratamiento dispar dado actualmente a la vivienda en España por parte de cada una de las distintas Administraciones Públicas, estableciendo los principios generales de actuación tendentes a fomentar el acceso a la vivienda en condiciones asequibles para todos los españoles. Con esta finalidad, la ley presenta cierto carácter intervencionista en protección de la necesidad básica y esencial de vivienda. Habrá que esperar al desarrollo reglamentario y a la posible adaptación de las normativas ya existentes en materia de vivienda a nivel autonómico, para concretar ciertas cuestiones como qué medidas específicas van a dictar las Administraciones públicas para fomentar el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda, qué va a implicar la nueva regulación para los titulares de las viviendas en relación con el deber de cooperación y, en fin, cómo van a coexistir el derecho a una vivienda digna y su fin social con el nuevo estatuto del derecho de propiedad de vivienda y los nuevos planes y protocolos de vivienda y rehabilitación introducidos por los poderes públicos en este ámbito.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) y MARÍN LÓPEZ, J. J., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J., *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, Tomo I. Reus, 1956.

FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A., *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, 2019.

LLAMAS POMBO, E. (coord.) y MACÍAS CASTILLO, A., «Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios y jurisprudencia doce años después», *La Ley*, grupo Wolters Kluwer, 2007.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «Regular los alquileres en un escenario hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España», en *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

O'CALLAGHAN, X., Prólogo a la *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*, por FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A., Aranzadi, 2019.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, Tirant lo Blanch, 1994.

CONTENIDO Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS ASOCIADOS A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

CONTENT AND REGULATION OF THE RIGHTS ASSOCIATED WITH
DATA PROTECTION IN THE JURISDICTIONAL SPHERE

Juan Alejandro Montoro Sánchez

Profesor Ayudante Doctor
Universidad Pablo de Olavide
jamonsan@upo.es

Palabras clave: Protección de Datos de Carácter Personal; Derecho de Información; Derecho de Acceso; Proceso Judicial; Tratamiento Jurisdiccional de Datos.

Keywords: Data Protection Right; Right of Information; Right of Access; Judicial Process; Jurisdictional Data Processing.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de los singulares derechos subjetivos asociados al derecho fundamental a la protección de datos, tanto desde la perspectiva del Reglamento General de Protección de Datos como de la Directiva 2016/680/UE, y examinar la regulación específica de los mismos cuando operan en el ámbito del proceso jurisdiccional.

Abstract: The purpose of this paper is to analyse the content of the subjective rights associated with the fundamental right to data protection, both from the perspective of the General Data Protection Regulation and Directive 2016/680/EU, and to examine the specific regulation of these rights when they operate within the scope of the jurisdictional process.

I. LOS DERECHOS SUBJETIVOS INTEGRADOS EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

El Capítulo III, tanto del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) como de la Directiva 2016/680¹, se dedican exclusivamente a la regulación de los derechos de los ciudadanos en materia de protección de datos, categoría bajo la que se enmarca el siguiente elenco de derechos subjetivos, que ostentan individualmente, una personalidad e importancia particular a efectos de garantizar al interesado los poderes de disposición y control inherentes a tal derecho²: el derecho de información, derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de supresión —derecho al olvido—, derecho a la limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad de los datos y derecho de oposición³. Cabe precisar en este momento que, si bien el RGPD reconoce en su ámbito de aplicación todos los derechos señalados, en el ámbito de la Directiva 2016/680/UE, y particularmente en lo que atañe al campo de la jurisdicción penal, no tienen cabida todos ellos, habida cuenta de su incompatibilidad con las actividades que se enmarcan en el mismo. En cualquier caso, en los siguientes apartados se analizarán inicialmente todos los derechos desde la perspectiva del RGPD, sin perjuicio de se precisen las particularidades que revisten cuando operan en el ámbito de la precitada Directiva, para finalmente examinar las particularidades que presentan dichos derechos en el ámbito estrictamente jurisdiccional.

La importancia de estas facultades destaca especialmente desde el punto de vista sustantivo por el posicionamiento que ostentan al integrar parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal⁴. Es necesario precisar que el núcleo de este

1 Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

2 BUISÁN GARCÍA, N., «Derechos de las personas» en LESMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 253, advierte que éstos son uno de los elementos esenciales del derecho a la protección de datos de carácter personal. En igual sentido se pronuncia OROZCO PARDO, G., «Notas Acerca de la Relación entre Informática y Propiedad Intelectual» en *Informática y Derecho*, núm. 23-26, 1998, quien proclama metafóricamente que estos derechos que son los elementos nutrientes del derecho a la protección de datos.

3 Se trata del conjunto de derechos, antaño denominados bajo el acrónimo ARCO, y hoy ARSOPOL.

4 La doctrina es unánime al entender que dichos derechos se encuadran en el contenido esencial del derecho a la protección de datos, tal y como lo hiciera el Tribunal Constitucional en su STC 292/2000, de 30 de noviembre. Valga señalar, por ejemplo a MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Derechos de los individuos» en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI M. A. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (dir.), *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía*, Reus, Madrid, 2018, pág. 77; COUDERT, F., «Ejercicio de Derechos» en ALMUZARA ALMAIDA, C. (coord.), *Estudio práctico*

derecho otorga al titular un haz de facultades de contenido positivo cuyo ejercicio puede imponer a terceros ciertos deberes jurídicos⁵, con el objeto de posibilitar el efectivo control de los datos relativos a su persona. Pues bien, este control facultativo sobre los propios datos personales se instrumenta a través de estos derechos y se materializa a través de su ejercicio. Se trata, en definitiva, de un conjunto de derechos que caracterizan singularmente al derecho de protección de datos y que sirven a la capital función de garantizar el control activo de los interesados sobre los datos personales que les conciernen.

1.1. El derecho de información

Los arts. 13 y 14 del RGPD y 13 de la Directiva 2016/680/UE –art. 21 de la Ley Orgánica 7/2021– establecen el deber del responsable del tratamiento⁶ de suministrar, en determinados momentos al interesado, cierta información referente principalmente a los principales parámetros que caracterizarán las operaciones de tratamiento que se van a desarrollar y a las facultades y derechos que asisten⁷ al interesado respecto al tratamiento. Se trata, en definitiva, del derecho del interesado a recibir una síntesis⁸ de los elementos esenciales que

-
- sobre la protección de datos de carácter personal, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 401; SERRANO PÉREZ, M. M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 184; HERRÁN ORTIZ, A. I., *El Derecho a la Intimidación en la Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 246 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Tecnologías de la Información, Policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 235.
- 5 Recordemos el que es el contenido esencial del derecho a la protección de datos según la doctrina constitucional reflejada en el Fundamento Jurídico 6º de la STC 292/2000: «*El derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer*».
 - 6 Obligación que recae únicamente sobre el responsable del tratamiento, y no sobre el encargado del tratamiento ni terceros que puedan acceder a los datos, sin ostentar la condición de responsable. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Derechos de los individuos»..., *op. cit.*, pág. 86. Asimismo, como sujeto obligado, el responsable del tratamiento es a quien se le atribuye la carga de la prueba respecto al cumplimiento adecuado de dicha práctica, CANALES GIL, A., «Derecho de información en la recogida de datos» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 404.
 - 7 Muy significativo en este aspecto es el apartado 74 de las conclusiones del abogado general del TJUE en el asunto *Bara*, C-201/14, cuando explica que: «*la obligación de informar a las personas a las que concierne el tratamiento de sus datos personales, que garantiza la transparencia de todo tratamiento de esos datos, resulta especialmente importante en la medida en que condiciona el ejercicio del derecho de acceso de los interesados a los datos objeto de tratamiento, establecido en el artículo 12 de la Directiva 95/46, y el ejercicio de su derecho de oposición al tratamiento de esos datos, fijado en el artículo 14 de la misma Directiva*».
 - 8 SERRANO CHAMORRO precisa que con este deber impuesto al responsable del tratamiento se pretende otorgar al interesado información relevante de forma rápida y simplificada desde un primer momento. Debiendo el responsable que buscar un equilibrio entre la concisión y la precisión evitando términos confusos o ambiguos con el fin de contribuir a mejorar la protección de datos personales y a generar confianza en los interesados. SERRANO CHAMORRO, M. E., «Protección de

configuran el tratamiento al que se van a someter sus datos personales, con el objeto de que pueda tomar consciencia del tratamiento⁹ y verificar *ab initio* y durante todo el periodo en que se prolongue éste, la adecuación y mantenimiento de éste a los principios y garantías establecidos en la legislación, y a la par, asistirle en el ejercicio de las eventuales acciones y facultades que le corresponden como titular de los datos en aras de garantizar el cumplimiento de la legislación. Se trata pues, de un derecho cuya función principal es asegurar la plenitud de las facultades de control y disposición¹⁰ inherentes al derecho a la protección de datos de carácter personal, pues como concluyera al respecto la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en su Fundamento de Derecho 6º, «(...) ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin».

Por lo expuesto hasta el momento puede colegirse que el derecho de información se integra indiscutiblemente como elemento nuclear del derecho a la protección de datos de carácter personal como ya advirtiera el Tribunal Constitucional en su sentencia 29/2013, de 11 de febrero¹¹. Aunque ello no obsta a que atendiendo a otros bienes o derechos jurídicos que puedan verse enfrentados al derecho de protección de datos, éste pueda verse exceptuado o limitado¹².

En todo caso, es de subrayar que este derecho de información cobra especial importancia en los tratamientos de datos cuya base legitimadora se halle en el consentimiento del interesado, pues favorece que éste pueda prestar un consentimiento suficiente, idóneo y válido conforme las previsiones del RGPD y con su verificación, el interesado podrá recibir

datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias» en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, pág. 9.

- 9 La toma de conocimiento del acerca de la actividad de tratamiento, así como de los riesgos que se derivan y las salvaguardas previstas, son algunos de los objetivos esenciales de este derecho, tal y como se advierte en el Considerando (39) del RGPD cuando establece, en relación al derecho de información, que *«para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados»* y *«las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento»*.
- 10 ABERASTURI, indica que el derecho de información permite *«controlar positivamente las circunstancias que rodean a la manipulación de sus datos»*. Vid ABERASTURI GORRIÑO, U., *Los principios de la protección de datos aplicados en la sanidad (tesis doctoral)*, Universidad del País Vasco, España, 2011, pág.660.
- 11 En su Fundamento de Derecho 7º, el Tribunal proclama al respecto: *«En fin, el deber de informar al interesado pertenece al núcleo mismo del derecho a la protección de datos. Por consiguiente, el Pleno del Tribunal ha señalado como elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin. Ese derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento»*.
- 12 La misma STC 29/2013, de 11 de febrero, indica en su Fundamento de Derecho 7º que *«Es verdad que esa exigencia informativa no puede tenerse por absoluta, dado que cabe concebir limitaciones por razones constitucionalmente admisibles y legalmente previstas»*.

con carácter previo a la aceptación, información expresa, precisa e inequívoca relativa al responsable, al tratamiento y a sus fines, lo que redundará positivamente en el otorgamiento del consentimiento necesario sin incurrir en vicio alguno¹³.

No obstante, el derecho de información también es relevante en los tratamientos que tienen por fundamento otra base jurídica legitimadora, puesto que al interesado se deben poner de manifiesto por mor de este derecho diversos aspectos del tratamiento¹⁴ con los que podrá no solo controlar su adecuación a los cánones legales durante su extensión¹⁵, sino tener constancia de forma clara y sintética de la existencia de un tratamiento de datos, de cómo y para qué se van a utilizar sus datos personales y del plazo por el que se va a prolongar el tratamiento¹⁶.

Por otro lado, no debe perderse de vista la estrecha vinculación que el derecho de información mantiene con los principios rectores de lealtad y transparencia¹⁷. Puesto que el legislador exige que cualquier información y comunicación —incluida la relativa al cumplimiento del deber de información— dirigida del responsable al interesado, relativa al tratamiento de los datos, sea fácilmente accesible y entendible, obligando a utilizar un lenguaje sencillo y claro¹⁸ que favo-

13 HERNÁNDEZ CORCHETE recuerda en tal sentido que el poder de disposición que un individuo tiene sobre sus datos personales se manifiesta de modo principal en su capacidad para consentir o rechazar un determinado tratamiento de los mismos, decisión que solo es posible si se le informa previamente de los caracteres definitorios de aquél. Por tal motivo, el deber de informar se conecta de un modo inescindible con el ejercicio de dicho poder de disposición a través del consentimiento. HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Transparencia en la información al interesado del tratamiento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos» en PIÑAR MAÑAS J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pág. 214.

14 GARRÓS FONT, I., «El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales» en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2018, págs. 3-4, expresa que con el deber de información se garantizan los derechos de las personas físicas en el conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de los datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento.

15 HERNÁNDEZ CORCHETE precisa que «cuando un tratamiento de datos personales se apoye en una base jurídica distinta al consentimiento, el titular de los datos mantiene su poder de disposición con una cierta amplitud, pues podrá ejercitar los derechos que en cada caso prevea la legislación aplicable, presupuesto de lo cual es que se le haya suministrado información acerca del tratamiento de que se trate y del responsable del mismo». HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Transparencia en la información al interesado del tratamiento ...», *op. cit.*, pág. 214

16 SERRANO CHAMORRO, M. E., «Protección de datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias» ..., *op. cit.*, pág. 9.

17 El Considerando (60) del RGPD así lo expresa, indicando que, al menos, en parte el derecho de información, en cuanto a la existencia de tratamiento y sus fines, es una exigencia derivada de los principios de tratamiento leal y transparente. Motivo por el que el responsable del tratamiento deberá facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, atendiendo a las circunstancias y el contexto específicos en que se traten los datos personales. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Derechos de los individuos» ..., *op. cit.*, pág. 86.

18 Las implicaciones del principio de transparencia obligan a que toda información dirigida al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo. Por tanto, el responsable deberá evitar la utilización de fórmulas farragosas o remisiones a textos legales. La configuración actual de las condiciones supone una superación cualitativa

rezca la comprensión efectiva y la toma conciencia¹⁹ del alcance del tratamiento de los datos personales. O dicho en otros términos, con el derecho de información, para el interesado, debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados.

1.1.1. Modalidades del derecho de información

Con la entrada en vigor del nuevo paquete legislativo de protección de datos europeo, el derecho de información ha sufrido una mejora tanto en la dimensión cualitativa como cuantitativa, habiéndose ampliado el elenco de información que debe ser entregada al interesado y por otro lado, mejorando la calidad de la misma. En cualquier caso, la concreta información que debe ser facilitada al interesado variará ostensiblemente en atención a un elemento clave, a saber, si los datos personales que el responsable del tratamiento va a tratar son recogidos directamente del propio interesado o por el contrario no va a ser éste quien los proporcione, siendo recogidos de otra fuente, tales como las de acceso público, o habiendo sido comunicados por otro responsable del tratamiento. En este último caso, la información a entregar al interesado va a ser mayor, con ocasión de la necesidad de informar, además, sobre otros aspectos que se tornan esenciales, como es el caso del origen de los datos.

Por otro lado, con independencia de la concreta modalidad, la información que debe proporcionarse debe ser comprensiva de todos y cada uno de los elementos recogidos en el art. 13 o 14 RGPD, según el caso en el que se presente, sin que sea viable obviar alguno de los componentes

1.1.2. Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado

El art. 13 RGPD, es el encargado de determinar la información que debe ser objeto de entrega al interesado cuando los datos son recogidos por el responsable directamente de aquel, con independencia de la concreta base jurídica que legitime el tratamiento que se pretende ejecutar de los datos personales. Esta información, debe ser facilitada necesariamente en el mismo momento en que se produzca la recogida de los datos personales del interesado, sin que se permita demorar o postergar dicha entrega por cualquier razón. La única excepción posible que faculta al responsable a omitir la entrega concurrirá cuando el interesado ya cuente con la información por haberle sido entregada con carácter previo²⁰.

con respecto al régimen anterior, que meramente exigía que la información se prestara de modo expreso, preciso e inequívoco. Puede consultarse al respecto DÍAZ REVORIO, F. J., «Derecho de la información en la recogida de datos: una perspectiva constitucional» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 442-443, quien denomina a estas características exigidas como requisitos de calidad y forma de la información.

19 Para HERNÁNDEZ CORCHETE, la esencia de este principio y su éxito derivan por la capacidad de los nuevos modos de comunicación transparente de conferir al usuario la consciencia que ahora le falta acerca del tratamiento de sus datos personales. HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Transparencia en la información al interesado del tratamiento...», *op. cit.*, pág. 208

20 Así, si la totalidad de la información objeto de entrega preceptiva ya se ha facilitado no existe obligación de entrega. No obstante, si parte de la información no ha sido entregada o ha sufrido modificaciones, sí será necesario hacer entrega al menos parcial de ésta información.

La concreta información cuya facilitación al interesado es preceptiva en tal caso sería:

- a) La identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento.
- b) Los datos de contacto del delegado de protección de datos, si existiera.
- c) Los fines del tratamiento²¹ a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento.
- d) Cuando el tratamiento se funda en un interés legítimo del responsable o de un tercero se informará de estos.
- e) Los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales²².
- f) La intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional.

Además de la anterior información, el responsable del tratamiento deberá facilitar la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente:

- a) El plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo.
- b) La existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos²³.
- c) Cuando el tratamiento esté basado en el consentimiento genérico del afectado o en el consentimiento específico para el tratamiento de categorías especiales de datos, la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento.
- d) El derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control²⁴.
- e) Si la entrega de datos personales por el interesado al responsable es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos.
- f) La existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. Igualmente, para tales supuestos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

21 El propio TEDH ha subrayado la importancia de informar sobre las finalidades para las que el responsable va a tratar los datos personales del interesado, tornándose como un elemento capital del derecho de información. Sentencias TEDH de 26 de marzo de 1987, caso *Leander*; de 16 de febrero de 2000, caso *Amann* y, de 4 de mayo de 2000, caso *Rotaru*.

22 Se debe informar tanto de los destinatarios o las categorías a los que se ha cedido o comunicado datos o para los que se prevean la comunicación, aunque no se haya producido aún. Aunque por destinatarios debe entenderse a otro responsable del tratamiento al que se haya comunicado o se pretendan comunicar los datos.

23 Es decir, la posibilidad de ejercicio de todos los derechos vinculados al derecho de protección de datos que procedan. Consideramos que en los tratamientos de datos en que no proceda el ejercicio de alguno de los derechos ARSOPOL, únicamente debería hacerse mención de los disponibles, sin perjuicio de que posteriormente el interesado lo ejerciese y ante la denegación, pudiera instar una reclamación ante la autoridad de control competente.

24 El responsable deberá indicar en tal caso la autoridad de control competente respecto al tratamiento de los datos que se refiera la información, para facilitar al interesado en su caso, la presentación de reclamaciones o denuncias.

Finalmente, el RGPD establece una última previsión con relación al deber de información que recae directamente sobre el responsable en beneficio del interesado en su art. 13.3. Así cuando aquel proyectara efectuar un tratamiento ulterior de datos personales para un fin distinto del que fueron recogidos inicialmente, deberá proporcionar al interesado, con carácter previo al comienzo de las actividades de tratamiento, información sobre los nuevos fines pretendidos en compañía de los restantes elementos que se han analizado *ut supra*, para cada una de las finalidades.

1.1.3. Información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se obtengan del interesado

Por otro lado, el art. 14 del RGPD establece la información que el responsable del tratamiento debe prestar al afectado en aquellos casos en los que no haya obtenido los datos personales directamente de éste. Por tanto, se refiere a todos aquellos supuestos en los que la recepción o recogida de los datos personales provengan bien de un tercero distinto del interesado.

Al no completarse el proceso informativo en el momento de la recogida de los datos personales, puesto que éstos no se proporcionan por el interesado, sino que se obtienen de un tercero o de otra fuente, es por lo que el RGPD dispone unas reglas específicas encaminadas a asegurar al interesado el conocimiento de la existencia del tratamiento²⁵, el origen de los datos, así como los demás aspectos que son puestos de manifiesto en la coyuntura antes analizada.

Como regla general, se establece la obligación del responsable de comunicar al interesado la información preceptiva a la que alude el art. 14 RGPD dentro de un plazo razonable que nunca podrá ser superior al mes²⁶. En este caso, el responsable del tratamiento deberá de facilitar la información general que se prevé para el supuesto de recogida directa de datos del interesado analizada en el apartado anterior, con las adiciones que a continuación se especificarán:

- a) La fuente de la que proceden los datos personales y, en su caso, si proceden de fuentes de acceso público. Esto es, el responsable del tratamiento deberá comunicar al interesado sobre la concreta²⁷ fuente de la que ha obtenido sus datos personales, indicando en su caso, el responsable del tratamiento que ha cedido sus datos²⁸ o si por el contrario éstos han sido extraídos de una fuente de acceso público.

25 Piénsese que, en este supuesto, el interesado cuyos datos son tratados por el responsable del tratamiento que cumple con el deber de información, conocerá seguramente de la existencia del tratamiento a raíz de la recepción de esta comunicación, tal y como pone de manifiesto DÍAZ REVORIO, F. J., «Derecho de la información en la recogida de datos...», *op. cit.*, págs. 445.

26 Tal y como se señala en el Considerando (61) RGPD y se confirma en el Dictamen GTA29 sobre Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, apartado 27, pág. 17.

27 Debe precisarse el origen exacto de los datos personales, según interpretación efectuada sobre la normativa anterior por la AEPD en su resolución de tutela del derecho de acceso de 16 de marzo de 2009, núm. R/00547/2009 (procedimiento núm. TD/01560/2008).

28 En este supuesto, es asimismo imprescindible, por razones de transparencia y lealtad, que se ponga en conocimiento del interesado el fundamento legal o causa de legitimación en virtud de la que se ha procedido la comunicación de sus datos, como complemento lógico y necesario del dato relativo a la finalidad del tratamiento. Con esta información, el interesado podrá verificar la legalidad de la recogida o cesión de sus datos, e incluso verificar la licitud y cumplimiento de la normativa por la fuente origen de sus datos.

- b) Las categorías de datos personales que sean objeto de tratamiento.
- c) Cuando el tratamiento se base en la necesidad de satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable, la reseña de éstos.

Al igual que en el anterior supuesto, aunque ampliando los casos previstos, el RGPD prevé una serie de excepciones parciales o totales al derecho de información, estableciendo que no será aplicable el deber de informar cuando y en la medida en que el interesado ya disponga de la información; cuando la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado; cuando la obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y se establezcan medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado y cuando los datos personales deban seguir teniendo carácter confidencial sobre la base de una obligación de secreto profesional.

1.1.4. Contenido el derecho de información en el ámbito penal

En lo que atañe al ámbito penal, el deber de información se concreta en los siguientes elementos, según se desprende de los arts. 13 Directiva 2016/680/UE y 21 de la Ley Orgánica 7/2021:

- a) La identificación del responsable del tratamiento y sus datos de contacto.
- b) Los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso.
- c) Los fines del tratamiento a los que se destinen los datos personales.
- d) El derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de protección de datos competente y los datos de contacto de la misma.
- e) El derecho a solicitar del responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado y su rectificación, supresión o la limitación de su tratamiento.

Además, el responsable del tratamiento puede proporcionar al interesado, siempre que la prestación de tal información no perjudique la consecución de los fines del tratamiento o a otros intereses dignos de protección que operan como límites a este deber²⁹, la siguiente información adicional para permitir el ejercicio de sus derechos:

- a) La base jurídica del tratamiento.
- b) El plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando esto no sea posible, los criterios utilizados para determinar ese plazo.
- c) Las categorías de destinatarios de los datos personales, cuando corresponda, en particular, los establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea u organizaciones internacionales.
- d) Cualquier otra información necesaria, en especial, cuando los datos personales se hayan recogido sin conocimiento del interesado.

29 En particular, se prevé que cuando concurren alguna de las causas que a continuación se relacionarán, la autoridad competente puede aplazar o restringir la prestación de dicha información adicional: «a) Impedir que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos judiciales. b) Evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales. c) Proteger la seguridad pública. d) Proteger la Seguridad Nacional. e) Proteger los derechos y libertades de otras personas».

1.2. El derecho de acceso

El derecho de acceso se erige como una de las facultades primordiales³⁰ y de mayor relevancia práctica que el derecho a la protección de datos otorga al individuo en aras de posibilitar y garantizar el control sobre los propios datos personales frente al uso que terceros hagan de aquellos³¹. Mediante su ejercicio, se permite al individuo obtener del responsable del fichero información relativa a diversos extremos, en particular sobre si sus datos personales son objeto de tratamiento y en caso afirmativo, conocer los concretos datos personales que obran en sus ficheros, la finalidad o finalidades para los que son tratados los datos, el origen de estos y las comunicaciones ya efectuadas o previstas por el responsable. Se trata, por tanto, de un derecho que se puede tildar como la clave de bóveda de todo el sistema de protección de datos y que encuentra cobijo en el contenido esencial de este derecho fundamental³².

Sin embargo, es vital diferenciar este derecho en materia de protección de datos con otros derechos subjetivos con los que se encuentra estrechamente relacionados por coincidir parcialmente con su objeto y con los que a menudo son confundidos o asimilados, al permitir todos ellos asimismo acceder a información conservada por las Administraciones u otros entes y organismos públicos. Nos referimos particularmente al derecho de acceso a la infor-

30 Así se viene considerando por la doctrina jurídica. Por ejemplo, FREIXAS GUTIÉRREZ señala que «el derecho de acceso se plantea como la piedra angular de los derechos de los ciudadanos» en FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español: aspectos teóricos y prácticos*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 56. Por su parte PUYOL MONTERO, J., «Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición», en ZABÍA DE LA MATA, J. (coord.), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 264, tilda al derecho de acceso como «uno de los ejes fundamentales sobre los que se articula la protección del honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

31 El Tribunal Constitucional en su importante sentencia 292/2000 reseñó en su Fundamento Jurídico 7º que «(el derecho a acceder) sirve a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer». MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Derechos de los individuos», *op. cit.*, pág. 91 destaca sobre este aspecto que el interesado solamente podrá determinar si el tratamiento de sus datos personales es acorde a las exigencias de la normativa si conoce los datos que concretos datos que son tratados por el responsable. ARENAS RAMIRO, M., «El derecho de acceso» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 1162, indica por su parte que solo accediendo a la información que comprende este derecho, es posible realizar un verdadero control de los datos personales. Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, el TJUE en su sentencia *Rotterdam v. Rijkeboer*, C-553/07, reconoce la importancia de la función instrumental que desempeña el derecho de acceso, señalándola como la nota principal que ha de tenerse en cuenta en su interpretación, cuando proclama en su apartado 51 que «el citado derecho de acceso es indispensable para que el interesado pueda ejercer los derechos a [...] la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos».

32 Así lo recuerda la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2006, cuando en su FJ 3º establece en referencia al derecho de acceso que «es indiscutible constituye parte del núcleo esencial del derecho regulado en el art.18.4 de la Constitución» en consonancia con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recogido en la sentencia 292/2000.

mación pública reconocido en el art. 105 b) de la Constitución Española³³ y posteriormente desarrollado en el ámbito estatal mediante la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y muy especialmente al derecho de acceso a las actuaciones y expedientes judiciales previsto con carácter transversal para todos los órdenes jurisdiccionales en los arts. 234 y siguientes LOPJ. En ambos supuestos, el acceso que se reclama no se limita a los datos personales que incumben al solicitante que consten en los expedientes y archivos públicos, sino que consiste en el acceso a la información que conste en los mismos, con independencia de su carácter de dato personal y si pertenece al interesado. No obstante, los dos supuestos mencionados el derecho a la protección de datos sí participa operando como un límite al ejercicio de estos³⁴.

El derecho de acceso constituye la expresión más primitiva del derecho a la protección de datos personales, siendo reconocido en la totalidad de tratados internacionales ratificados³⁵ por España relativos a la protección de datos. En el marco legislativo de la Unión Europea también se ha venido contemplado este derecho de acceso como elemento esencial, incluso siendo elevado a rango de derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al ser el único derecho explícitamente mencionado en su texto, al afirmar su art. 8.2 que «*toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan...*».

1.2.1. Contenido del derecho de acceso en el ámbito del Reglamento General de Protección de datos

En el ámbito general, el derecho de acceso se reconoce y desarrolla prácticamente en su totalidad en el art. 15 del RGPD, el cual establece que:

«El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información (...)».

-
- 33 Este precepto constitucional establece que «*La ley regulará: b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*». Esto es, este derecho concede a los ciudadanos el derecho a acceder a los registros y documentos que obran en los archivos de las Administraciones Públicas. Se pueden consultar los siguientes estudios completos sobre el derecho de acceso a la información pública: VV. AA., GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014; VV. AA., TRONCOSO REIGADA, A. (coord.), *Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 diciembre. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Madrid, 2017.
- 34 Sobre el conflicto existente entre el derecho a la transparencia y acceso a la documentación pública y el derecho a la protección de datos puede consultarse la siguiente bibliografía: GUICHOT REINA, E., «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales» en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007, págs. 407-445; NIETO GARRIDO, E., «Transparencia y acceso a los documentos versus derecho a la protección de datos de carácter personal en la reciente jurisprudencia del TJUE», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus, Madrid, 2014.
- 35 Los arts. 8.a) y b) del Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, recogen al derecho de acceso como garantía complementaria a los principios esenciales que los Estados parte deben garantizar.

Como se desprende de la redacción del precepto, se puede concretar que el derecho de acceso faculta a la persona física para dirigirse en cualquier momento a un responsable del tratamiento que opere con datos personales en el ámbito de su actividad, para en primer lugar conocer si sus datos están siendo objeto de tratamiento por aquel, y seguidamente, en caso afirmativo, obtener una relación de todos y cada uno³⁶ de los datos de carácter personal que obran en los ficheros del responsable. De hecho, éste queda obligado a facilitar gratuitamente una copia de los datos que se están tratando, según se dispone en el art. 15.3 RGPD. Además de lo anterior, para el supuesto de que el responsable del fichero sí tratara datos personales del interesado, tendría que acompañar a los datos objeto de tratamientos, los demás elementos cuya entrega es preceptiva a través del derecho de información que ya han sido reseñados *ut supra*.

1.2.2. Contenido del derecho de acceso en el ámbito penal

En lo que respecta al tratamiento de datos con fines penales, sujeto a la Directiva 2016/680/UE, este derecho se regula en sus arts. 14 y 15, y 22 de la Ley Orgánica 7/2021. Siendo esencialmente el contenido del derecho similar, no obstante, operan en este campo una serie de particularidades respecto al contenido y límites.

Concretamente, en este ámbito se reconoce el derecho del interesado a que la autoridad competente confirme si sus datos son objeto de tratamiento, para en caso afirmativo, obtener la siguiente información, según se desprende de la regulación interna transpuesta:

- a) Los fines y la base jurídica del tratamiento.
- b) Las categorías de datos personales de que se trate.
- c) Los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes hayan sido comunicados los datos personales.
- d) El plazo de conservación de los datos personales, cuando sea posible, o, en caso contrario, los criterios utilizados para determinar dicho plazo.

36 HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Transparencia en la información al interesado del tratamiento ...», *op. cit.*, págs. 223-224 sostiene que de acuerdo a la regulación prevista en el art. 15 RGPD el responsable se encuentra obligado no solo a la entrega de los datos personales *stricto sensu* que obren en sus ficheros, si no que se extiende además a la información relativa al tratamiento, que en sentido estricto no son datos personales del interesado. Indicando igualmente que esta precisión no era necesaria después del entendimiento amplio del concepto de «datos personales» acogido tanto por el Grupo del art. 29 en la Opinión 4/2007 on the concept of personal data —pág. 10— y por el TJUE en la STJUE C-553/07, *Rotterdam v. Rijkeboer*, cuyos apartados 42 y 43 distinguen dentro de los datos personales dos categorías: a) los datos de carácter privado sobre una persona, a los que llama datos principales y b) la información relativa a los datos principales, esto es, la información de lo que se hace con esos datos principales, a quien se comunican etc. Información complementaria que aporta una mayor información sobre el tratamiento y los datos, y sin la cual, el control efectivo de los datos por el titular resultaría incompleto perdiendo todo su sentido según. De hecho, en la reciente STJUE, de 4 de mayo de 2023, C-487/21, *Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF*, se afirma que «Este derecho incluye el de obtener copia de extractos de documentos, o incluso de documentos enteros, o de extractos de bases de datos, que contengan, entre otros, dichos datos, si la entrega de tal copia es indispensable para permitir al interesado ejercer efectivamente los derechos que le confiere el RGPD».

- e) La existencia del derecho a solicitar del responsable del tratamiento la rectificación o supresión de los datos personales relativos al interesado o la limitación de su tratamiento.
- f) El derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de protección de datos competente y los datos de contacto de la misma.
- g) La comunicación de los datos personales objeto de tratamiento, así como cualquier información disponible sobre su origen, sin revelar la identidad de ninguna persona física, en especial en el caso de fuentes confidenciales.

No obstante, la autoridad competente cuenta con la facultad denegar, total o parcialmente las solicitudes de ejercicio de este derecho, y además, de los derechos de rectificación, supresión y limitación del tratamiento, siempre que, teniendo en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de la persona afectada, resulte necesario y proporcional para la consecución o preservación de alguno de los intereses recogidos en el precepto³⁷.

En tales supuestos, se establece la obligación de la autoridad competente responsable del tratamiento de informar por escrito al interesado sin dilación indebida, y en todo caso, en el plazo de un mes a contar desde que tenga conocimiento, de dicha restricción, de las razones de la misma³⁸, así como de las posibilidades de presentar una reclamación ante la autoridad de protección de datos³⁹, sin perjuicio de las restantes acciones judiciales que pueda ejercer en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2021 y, además, de lo establecido en la ley procesal penal.

1.3. El derecho de rectificación

El derecho de rectificación es una de las principales facultades comprendidas en el derecho a la autodeterminación informativa que faculta al interesado a dirigirse al responsable del tratamiento para requerir y exigir la rectificación de aquellos datos personales objeto de tratamiento que fueran inexactos. Este derecho obedece a la necesidad de cumplimiento y preservación del principio de calidad de los datos personales que todo tratamiento de datos debe observar⁴⁰.

37 A saber: a) Impedir que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos judiciales. b) Evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales. c) Proteger la seguridad pública. d) Proteger la Seguridad Nacional. e) Proteger los derechos y libertades de otras personas.

38 No obstante, según establece el apartado 2º *in fine*, del art. 22 de la Ley Orgánica 7/2021, «Las razones de la restricción podrán ser omitidas o ser sustituidas por una redacción neutra cuando la revelación de los motivos de la restricción pueda poner en riesgo [los fines que motivan la limitación del derecho]».

39 En tales supuestos, el responsable del tratamiento debe documentar los fundamentos de hecho o de derecho en los que se sustente la decisión denegatoria del ejercicio del derecho de acceso, la cual deberá estar a disposición de las autoridades de control, a fin de supervisar la adecuación de la limitación o restricción del derecho.

40 APARICIO SALOM, J., «La calidad de los datos» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 332 y ÁLVAREZ CARO, M., «El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas» en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pág. 234.

En el nuevo marco regulatorio, su reconocimiento expreso se prevé en el art. 16 del RGPD, al disponer que «*El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan. Teniendo en cuenta los fines del tratamiento, el interesado tendrá derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional*». En el ámbito penal, dicho derecho encuentra su lugar en los arts. 16 y 23 de la Directiva 2016/680/UE y Ley Orgánica 7/2021 respectivamente.

Del art. 16 RGPD se puede intuir la doble finalidad de este derecho: de un lado corregir aquellos datos personales que sean incorrectos y de otro que se completen los datos personales que necesiten de cierta información adicional para servir al fin para el que fueron recogidos⁴¹. Sirviendo de manera general el derecho de rectificación a garantizar, en particular, el principio de exactitud mediante la subsanación de las eventuales irregularidades que comportan la inexactitud o insuficiencia de los datos.

La rectificación de datos puede actuar en tres sentidos diferenciados:

- a) Cuando el responsable del tratamiento haya procedido a registrar datos personales inexactos o incorrectos, la rectificación consistirá en modificar el dato para que sea acorde a la realidad.
- b) Cuando el dato personal inicialmente registrado era exacto, si bien por su naturaleza cambiante o por cualquier otra circunstancia su valor ha variado, la rectificación consistirá en la actualización del dato.
- c) Cuando un dato tratado sea incompleto y necesite de información adicional para lograr la finalidad del tratamiento a la que se destina, la rectificación tendrá por objetivo proceder a completar el dato con los elementos que faltaren por reflejar.

Debido a la especial trascendencia que para el cumplimiento de las reglas de calidad se desprende del hecho que los datos personales registrados y tratados sean verídicos, exactos y actualizados, el RGPD prevé en su articulado la obligación del responsable del fichero de proceder a la rectificación solicitada de manera inmediata. Y si bien, en la redacción del precepto no se recoge un plazo determinado o límite de tiempo para su atención, debe estimarse que será de un máximo de un mes de acuerdo con la dicción del Considerando 59 RGPD. La obligación de rectificación en cualquiera de sus modalidades también es extensible al responsable del tratamiento de oficio, esto es sin que el interesado ejerza el derecho en sí, siempre y cuando tenga conocimiento por alguna fuente distinta del afectado de la inexactitud de los datos, debiendo actuar *motu proprio* para solventar las discrepancias existentes.

Finalmente, debe considerarse que cuando se proceda a la supresión de datos personales, bien por solicitud del interesado o bien de oficio, tanto el RGPD como la Ley Orgánica 7/2021⁴² exigen del responsable del tratamiento que notifique esta circunstancia a cada uno

41 Por ello, cuando la petición tenga origen en el interesado, éste deberá concretar en su solicitud aquellos datos personales que son inexactos o que debieran completarse y justificar la inexactitud, variación o el carácter incompleto mediante los documentos oportunos que lo acrediten

42 Dicha obligación opera en un doble sentido en el ámbito penal, tal y como se prevé en los arts. 23.4 y 5 de la Ley Orgánica 7/2021. De un lado, cuando la autoridad competente rectifique unos datos personales inexactos que tuvieran como fuente a otra autoridad, aquella deberá de comunicar a esta la rectificación. Y de otro, cuando los datos personales hayan sido rectificadas por cualquier

de los eventuales destinatarios a los que se hayan comunicado tales los datos personales, salvo, en el ámbito del primero, cuando ello resulte imposible o exija un esfuerzo desproporcionado. Circunstancia sobre la que deberá dar cumplida cuenta al interesado si así lo solicitara ex art. 19 RGPD.

1.4. El derecho de supresión

Es el art. 17 RGPD —arts. 16 Directiva 2016/680/UE y 23.2 Ley Orgánica 7/2021 para sede penal— dónde se recoge la regulación del derecho de supresión, estableciéndose que: *«el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes»*. Por tanto, puede colegirse a éste como el derecho por el cual el interesado, bajo determinadas circunstancias, puede dirigirse al responsable del tratamiento para exigir la supresión de todos o algunos de los datos personales que le conciernen y que son objeto de tratamiento.

Por tanto, la finalidad del derecho de supresión es doble: de un lado vedar al responsable del fichero de continuar efectuando cualquier actividad que implique tratamiento sobre una serie de datos que conciernen al interesado. De otro lado, proceder a la eliminación de los datos personales afectados por la solicitud de los ficheros del responsable, sin perjuicio de que éstos permanezcan en situación de bloqueo o limitación por concurrencia de causa que lo prevea.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho no es incondicional, sino que debe anteceder alguna de las circunstancias previstas en el art. 17 RGPD o del art. 16 Directiva 2016/680/UE para que su ejercicio pueda ser exitoso. Y al igual que sucede con el derecho de rectificación, la razón que determina la posibilidad de ejercicio del derecho de supresión en tales supuestos es el cumplimiento de ciertos estándares de calidad del tratamiento y de las condiciones legales del tratamiento, que se tornan vulneradas ante alguna de las eventualidades previstas en los anteriores preceptos, sin que fuere viable la subsanación mediante el ejercicio del derecho de rectificación. Por tal motivo, se exige que en la solicitud que efectúe el responsable, deba precisar y justificar la concreta razón en la que base el ejercicio del derecho de supresión. De la vinculación a los principios de calidad se deriva la consecuencia de que la supresión puede llevarse a cabo por el responsable de oficio, sin mediar solicitud del interesado, en aras de adecuar el tratamiento a las exigencias derivadas de los principios básicos del derecho a la protección de datos integrados que verifican la calidad de los datos.

Los supuestos que permiten el ejercicio del derecho de supresión se recogen a modo de lista cerrada *númerus clausus* en el reseñado art. 17 RGPD para el ámbito general, impidiéndose por tanto su extensión objetiva a otros casos. En concreto se puede ejercer el derecho de supresión cuando:

- a) Los datos personales del interesado ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo.
- b) El interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento.

motivo, la autoridad deberá notificarlo a los cesionarios, a fin de hagan lo propio respecto a tales datos y se garantice la calidad del dato.

- c) El interesado se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento.
- d) Los datos personales hayan sido tratados ilícitamente.
- e) Los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.
- f) Los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información efectuada a un menor de edad, basada en su consentimiento.

Al igual que sucede con el derecho a la rectificación, el otorgamiento del derecho de supresión o su verificación de oficio, exigen del responsable del tratamiento la comunicación de este hecho a cada uno de los destinatarios a los que se hayan comunicado los datos personales, salvo que sea imposible o exija un esfuerzo desproporcionado. Circunstancia sobre la que deberá dar cumplida cuenta al interesado si así éste lo solicitara ex art. 19 RGPD.

Pese a lo expuesto anteriormente, el legislador comunitario consciente de la necesidad de ponderar las posibilidades de ejercicio de este derecho, aun concurriendo alguno de los supuestos legitimadores de su acción, ha previsto la posibilidad de limitar el derecho de supresión en concretos casos, permitiendo al responsable del tratamiento a no dar curso a la petición realizada por el interesado. La razón de estas excepciones, la encontramos en el conflicto o choque entre el interés legítimo del afectado a ejercer su derecho a supresión y otro derecho, interés o deber del responsable del tratamiento que adquiere una mayor relevancia por decisión legislativa.

En concreto señala el RGPD como supuestos en los que podrá dejar de estimarse las pretensiones de ejercicio del derecho de supresión, cuando el tratamiento de los datos personales del interesado sea necesario para:

- a) El ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.
- b) El cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.
- c) Por razones de interés público en el ámbito de la salud pública.
- d) Fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.
- e) La formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

En el ámbito penal, las causas que justifican el ejercicio de este derecho o la supresión de oficio, se concretan en las siguientes, según se desprende del art. 23.2 de la Ley Orgánica 7/2021:

- a) Cuando el tratamiento se acometa por la autoridad competente infringiendo alguno de los principios rectores del tratamiento.
- b) Cuando el tratamiento sea ilícito en el sentido del art. 11 de la Ley Orgánica 7/2021, esto es, cuando la autoridad competente opere sin base legal habilitante para el tratamiento específico o cuando el tratamiento no sea estrictamente necesario para alcanzar los fines.
- c) Cuando la autoridad trate datos especialmente protegidos al margen de una causa legitimadora habilitante o con extralimitación.
- d) Cuando los datos deban ser suprimidos en virtud de una obligación legal a la que esté sujeta la autoridad competente.

1.5. El derecho a la limitación del tratamiento

Los arts. 18 del Reglamento General de Protección de Datos y 16 de la Directiva 2016/680/UE han introducido, en favor del interesado, el derecho subjetivo autónomo consistente en instar del responsable la limitación del tratamiento de sus datos de carácter personal. En particular, dispone el primero de dichos preceptos, que ofrece una definición más nítida del mismo, que: *«El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes...»*.

En virtud de este derecho, el interesado cuyos datos sean objeto de tratamiento, estará facultado para exigir al responsable, en ciertos escenarios, la exclusión y cese temporal de las operaciones de tratamiento que se viniera realizando sobre aquellos. Todo ello con la finalidad cautelar de evitar que el responsable continúe, bien realizando un tratamiento de datos que pudiera resultar ilícito o bien que lleve a cabo cualquier acción que pudiera desembocar en la alteración, destrucción, manipulación o borrado de los datos sobre los que se solicite la limitación, por resultar éstos útiles a efectos de resolver una eventual reclamación administrativa o proceso judicial.

Así las cosas, el efecto en que desembocará una solicitud de limitación del tratamiento consistirá en que los datos personales que incumban al interesado deberán ser marcados, agrupados y separados del resto de los datos personales del fichero en que se ubiquen, permitiendo mantenerlos intactos respecto al momento en que se insta la limitación e incólumes ante cualquier vicisitud que pudiera suceder en los sistemas informáticos o archivos. Previene la norma como garantía que en tanto dure la situación de bloqueo de los datos personales, el responsable no podrá realizar ninguna operación de tratamiento activa⁴³ sobre los mismos, excepto en los siguientes supuestos: cuando se verifique el consentimiento del interesado; cuando se formule el ejercicio o la defensa de reclamaciones; cuando se destinen a la protección de los derechos de otra persona, física o jurídica, o por razones en que se ponga en juego un importante interés público de la Unión o de un determinado Estado miembro.

Los cuatro supuestos en los que se faculta al interesado para el ejercicio del derecho a la limitación del tratamiento en el ámbito de aplicación del RGPD, se reseñan en el apartado 1º de su art. 18, siendo éstos:

- a) Que el interesado impugne la exactitud de los datos personales, durante un plazo que permita al responsable verificar la exactitud de los mismos.
- b) Cuando el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a la supresión de los datos personales y solicite en su lugar la limitación de su uso. Dicha opción será la idónea cuando ante un tratamiento de datos personales que el interesado considere ilícito, éste pretenda instar, bien el ejercicio de una denuncia bien ante la Autoridad de Control o bien de una acción civil o penal ante la jurisdicción competente, con la finalidad que los datos se conserven incólumes al pretender su uso como fuente de prueba para acreditar el tratamiento.

43 Mientras dure la situación de limitación, el responsable o encargado del tratamiento solo podrá efectuar la operación de tratamiento pasiva consistente en el mero almacenamiento y conservación de los datos personales, pues cualquier otra actividad distinta podría conllevar a la pérdida de la integridad de los datos respecto al momento en que se procede al bloqueo.

- c) Cuando el responsable ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.
- d) Cuando el interesado se haya opuesto al tratamiento, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado.

En el ámbito de la Directiva 2016/680/UE, la regulación de este derecho se dispone en el apartado 3º del 16, habiendo sido transpuesta al ordenamiento interno, literalmente y sin ajuste alguno, a través del art. 23.3 de la Ley Orgánica 7/2021. Lo primero que debe señalarse es que el derecho de limitación del tratamiento no se articula como un derecho subjetivo cuyo ejercicio pueda instar el interesado de forma libre y espontánea en los supuestos en que tiene cabida. Al contrario, dicho derecho se configura a través de un mandato dirigido a la autoridad competente, para que ante ciertos escenarios, *motu proprio*, proceda al bloqueo de los datos, limitando su posible tratamiento ulterior.

En particular, tales preceptos ordenan literalmente que, en lugar de proceder a la supresión de los datos, el responsable limitará el tratamiento ante cualquiera de los siguientes hitos: cuando el interesado ponga en duda la exactitud de los datos personales y no pueda determinarse su exactitud o inexactitud; y cuando los datos personales hayan de conservarse a efectos probatorios.

1.6. El derecho a la portabilidad de los datos

La creación del derecho a la portabilidad de los datos personales ha sido una de las principales innovaciones que han sido introducidas por el RGPD en lo tocante al régimen de facultades reconocidas los interesados. Este novísimo derecho, no reconocido ni ejercitable en el ámbito de la Directiva 2016/680/UE, se configura como un derecho instrumental que responde al interés de la Unión Europea de favorecer el libre flujo de datos personales entre sus fronteras y la competencia entre los distintos proveedores de servicios electrónicos, potenciando el desarrollo de nuevos servicios en el contexto de la estrategia del mercado único digital.

El RGPD formula en su art. 20 el reseñado derecho estableciendo que «*el interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado*». Por consiguiente, el derecho de portabilidad faculta, en primera instancia, al interesado a solicitar al responsable del tratamiento la entrega de la totalidad de sus datos personales objeto de tratamiento que previamente han sido por él proporcionados, y recibirlos en un formato estructurado de uso común y legible por una máquina, para permitirle su gestión y reutilización. En segundo término, el derecho de portabilidad permite incluso requerir al responsable que estos datos sean transmitidos directamente por el responsable del tratamiento a otro responsable del tratamiento bajo los mismos parámetros de formato.

1.7. El derecho de oposición

El art. 21 del RGPD es el precepto dedicado a reconocer al derecho de oposición como derecho subjetivo y a configurar su régimen. Conviene precisar, que dicho derecho no tiene

cabida ni en el ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680/UE, puesto que no viene reconocido expresamente, pero tampoco en el sistema de justicia, por ser plenamente incompatible. Y ello, a pesar de que en el art. 236 septies LOPJ se alude al mismo.

Por mor del derecho de oposición, al interesado se le atribuye la facultad de oponerse, en todos los supuestos relacionados en el art. 21 RGPD, a que el responsable del tratamiento continúe realizando operaciones que supongan un tratamiento de los datos de carácter personal que le incumban. Debiendo consecuentemente el responsable que cesar de forma inmediata, en la realización de cualquier operación de tratamiento que viniera realizando de los datos personales que incumban al solicitante con amparo en la base jurídica afectada por el derecho de oposición, además de proceder a la supresión o bloqueo, en su caso, de los mismos. No obstante, si bien el interesado es libre de manifestar al responsable la voluntad de oponerse a la continuación del tratamiento de sus datos personales en cualquier instante por alguno de los supuestos previstos en la normativa, la estimación del ejercicio del derecho no se prevé como automática e incondicional en todo caso, pues exige del responsable la realización de una previa ponderación de los derechos e intereses legítimos concurrentes en liza.

II. LOS DERECHOS Y FACULTADES DERIVADOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como se indicó al inicio de este trabajo, los derechos analizados se reconocen y desarrollan de forma general en el Capítulo III del RGPD y de la Directiva 2016/680/UE. No obstante lo anterior, dado que los arts. 2.4 de la LOPDGDD⁴⁴ y 2.2 de la Ley Orgánica 7/2021⁴⁵ remiten a las disposiciones específicas sobre la materia recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por ser de aplicación preferente al tratamiento de los datos personales acometido por los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, debe acudirse a esta norma orgánica para verificar la previsión legislativa específica que se ha reservado respecto a las condiciones de ejercicio y alcance de los derechos ARSOPOL en este concreto entorno.

44 Art. 2.4 LOPDGDD: «El tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos [no penales] de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial, se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que le sean aplicables».

45 Dicho precepto establece que «El tratamiento de los datos personales llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales y fiscalías de las actuaciones o procesos [penales] de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina judicial y fiscal, en el ámbito del artículo 1, se regirá por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las leyes procesales que le sean aplicables y, en su caso, por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal».

Así las cosas, siguiendo el orden establecido *ut supra*, se advierte la localización en la LOPJ, dentro del breve marco dedicado a la protección de datos de carácter personal, del art. 236 *septies*, precepto que establece las bases para la configuración de estos derechos en la Administración de Justicia. Si bien, con carácter previo a su estudio, es menester analizar las causas que pueden dar lugar a la restricción o limitación del ejercicio de tales facultades inherentes al derecho a la protección de datos.

2.1. Restricciones a los derechos de información y ARSOPOL en los procesos judiciales

Las dos normas europeas que cimentan el sistema de protección de datos prevén expresamente la posibilidad excepcional de que el legislador nacional introduzca restricciones a los derechos y facultades reconocidas a los interesados en la materia para los supuestos en los que su ejercicio o cumplimiento pueda generar un conflicto con el derecho de un tercero o con un interés general que deban prevalecer. A tal fin se destina el art. 23 RGPD, que resulta aplicable a los tratamientos de datos con fines jurisdiccionales que se acometen en las distintas jurisdicciones, exceptuando la penal. Mientras que en este último ámbito, dicho cometido lo cumplen los arts. 13.3, 15, 16.4 y 18 de la Directiva 2016/680/UE, y particularmente, tras su transposición al orden interno, el art. 24 de la Ley Orgánica 7/2021, en el cual se concretan los supuestos que puedan dar lugar a la aplicación de alguna restricción.

En cualquier caso, la adopción por el legislador nacional de medidas restrictivas o limitativas de cualquiera de estos derechos, recordemos que ubicados en el núcleo del derecho fundamental a la protección de datos, requiere de ciertos denominadores comunes.

En primer lugar, que la limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar algún bien jurídico de digna protección de los enumerados explícitamente en el listado taxativo que se localiza en cada una de las normas⁴⁶. Ello implica que las restricciones deben en todo caso ajustarse a las exigencias resultantes de la CDFUE y del CEDH según la

46 El RGPD alude a los siguientes bienes «a) la seguridad del Estado; b) la defensa; c) la seguridad pública; d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención; e) otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social; f) la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales; g) la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas; h) una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada, incluso ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos contemplados en las letras a) a e) y g); i) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros; j) la ejecución de demandas civiles». La Directiva 2016/680/UE y la Ley Orgánica 7/2021 aluden al siguiente listado de bienes e intereses, que es menos extenso, debido a la limitación de su objeto: «a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales; b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales; c) proteger la seguridad pública; d) proteger la seguridad nacional; e) proteger los derechos y libertades de otras personas».

interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y además, respetar el contenido esencial de los derechos limitados⁴⁷. En cualquier caso, la modulación de estas facultades en perjuicio del interesado debe configurarse de modo restrictivo a fin de que la limitación no se convierta en la regla general, sino que al contrario, debe reservarse a situaciones excepcionales y justificadas en las que ciertamente exista una contraposición de intereses o derechos de cierta envergadura que justifique la merma de los derechos individuales.

Cabe mencionar como bienes jurídicos que permiten la adopción de estas restricciones y que guardan relación con el ejercicio de la actividad jurisdiccional o los derechos fundamentales de los responsables que confrontan con el derecho a la protección de datos, los siguientes:

- a) En el ámbito del RGPD, ex art. 23: a) la seguridad del Estado; b) la defensa; c) la seguridad pública; d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención; e) otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro; f) la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales; g) la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas; i) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros y, j) la ejecución de demandas civiles.
- b) En el ámbito de la Directiva 2016/680/UE: a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales; b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales; c) proteger la seguridad pública; d) proteger la seguridad nacional; e) proteger los derechos y libertades de otras personas.

Es imprescindible, además, que la medida restrictiva se establezca expresamente en el ordenamiento jurídico mediante una disposición legal en sentido formal. Es decir, se exige la reserva de ley a la restricción, al afectar a elementos que se insertan en el núcleo fuerte del derecho a la protección de datos, toda vez que son las facultades que, en definitiva, permiten al interesado mantener el poder de disposición sobre sus datos y controlar su flujo de circulación entre responsables y/o autoridades.

Y además, en lo que respecta al ámbito de aplicación del RGPD, es necesario que la medida legislativa que acuerde la limitación reúna el contenido mínimo exigible en relación al alcance y objeto de las restricciones. En particular el RGPD obliga al legislador a que la norma restrictiva disponga como mínimo los siguientes elementos, entre los que destaca especialmente los reflejados en los apartados c) y h): «a) *la finalidad del tratamiento o de las categorías de tratamiento; b) las categorías de datos personales de que se trate; c) el alcance de las limitaciones establecidas; d) las garantías para evitar accesos o transferencias ilícitos o abusivos; e) la determinación del responsable o de categorías de responsables; f) los plazos de conservación y las garantías aplicables habida cuenta de la naturaleza alcance y objetivos del tratamiento o las categorías de tratamiento; g) los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, y h) el derecho de los interesados a ser informados sobre la limitación, salvo si puede ser perjudicial a los fines de esta*». Condiciones que se proclaman como garantía para el interesado de que la norma esté dotada de los rasgos de calidad, pre-

47 Considerandos (73) RGPD y (46) Directiva 2016/680/UE.

visibilidad y accesibilidad exigidos por la jurisprudencia del TEDH en aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales. Ello nos lleva a pensar, que tales presupuestos también deben resultar exigibles para las medidas legislativas restrictivas de dichas facultades que se puedan adoptar en el ámbito de la Directiva 2016/680/UE, al ser exigencia predicable de cualquier norma restrictiva de aspectos nucleares de derechos fundamentales.

2.2. Derecho de información en el proceso penal

Como hemos visto con anterioridad, el derecho de información consiste en la facultad integrada en el núcleo esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal⁴⁸, por la cual el interesado debe obtener del responsable una comunicación —se erige en un deber para éste—, en la que se detallen los principales parámetros que caracterizarán las operaciones de tratamiento que se van a desarrollar y las facultades y derechos que le asisten en la materia. Ante una comunicación de datos personales del interesado no programada originalmente, como las que suceden habitualmente en sede penal, es decir, cuando los datos se trasvasan de un responsable a una autoridad competente del orden penal sometida a la Directiva 2016/680/UE, su verificación contribuirá a que el interesado conserve las facultades de control y disposición sobre sus datos y pueda asimismo ejercer los derechos que le asisten en la materia⁴⁹, dado que tendrá oportunidad de conocer la identidad del nuevo responsable, los datos objeto de cesión y la finalidad concreta a la que se destinan. Tal es la importancia de este derecho, que el TJUE ha tenido ocasión de declarar la incompatibilidad de una norma nacional que permite a una «administración pública transmitir datos personales a otra administración pública y el subsiguiente tratamiento de esos datos, sin que los interesados hayan sido informados de esa transmisión ni de ese tratamiento» ni previa ni posteriormente a la cesión⁵⁰. Y ello, porque como firma igualmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para los datos cedidos por un responsable a una autoridad penal, es «necesaria para que dichas personas puedan ejercer, concretamente, su derecho a la tutela judicial efectiva»⁵¹. Por ello,

48 El TC en su sentencia 29/2013, de 11 de febrero expresó que: «En fin, el deber de informar al interesado pertenece al núcleo mismo del derecho a la protección de datos. Por consiguiente, el Pleno del Tribunal ha señalado como elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin. Ese derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento».

49 La STJUE *La Quadrature du Net* realiza el valor de la puesta a disposición de dicha información al interesado, afirmando que «En efecto, esa información es, de hecho, necesaria para que dichas personas puedan ejercer su derecho, resultante de los artículos 7 y 8 de la Carta, a solicitar el acceso a sus datos de carácter personal objeto de dichas medidas y, en su caso, su rectificación o supresión, así como a interponer, con arreglo al artículo 47, párrafo primero, de la Carta, un recurso efectivo ante un tribunal». STJUE 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net*, C-511/18, C-512/18 y C-520/18, apartado. En el mismo sentido las sentencias de 21 de diciembre de 2016, *Tele2*, C-203/15 y C-698/15, apartado 121 y 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, apartado 95.

50 STJUE 1 de octubre de 2015, *Bara*, C-201/14, apartado 47.

51 En tal sentido, las sentencias de 7 de mayo de 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, apartado 52, y de 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, apartado 95 y 21 de diciembre de 2016, *Tele 2 Sverige*, C-203/15 y C-698/15.

es necesario verificar si en este contexto judicial es preceptivo su cumplimiento y en caso afirmativo, a quién corresponde el deber de su práctica, para posteriormente esclarecer las posibles repercusiones procesales de su inobservancia.

Con carácter general, el responsable cedente, sea un particular o un sujeto de derecho público, deberá cumplir con el deber de información de forma simultánea a la recogida de los datos del interesado o cuando éstos se obtengan de otra fuente, en el momento oportuno de los definidos en el art. 14.3 RGPD y con arreglo a las directrices de transparencia dispuestas en el art. 12 del mismo texto. Ahora bien, dado que la comunicación a un órgano judicial, o incluso a una autoridad policial, supondrá por lo general un nuevo uso no previsto *ab initio*, prevé el Reglamento, con independencia de la fuente de origen de los datos, que el responsable proporcione al interesado con carácter previo a su cesión, la información referida a la nueva finalidad además de la que proceda de la detallada en los arts. 13.2 o 14.2 RGPD⁵². Obligación que se torna especialmente trascendente cuando el nuevo tratamiento obedece a la salvaguarda de objetivos importantes de interés público general, como sucede en estos supuestos⁵³, pues se exige con hincapié como garantía que se preste «(...) información sobre esos otros fines y sobre sus derechos», lo cual se consigue notoriamente mediante el deber de información.

No obstante, este deber puede decaer para el responsable cedente de los datos, pues existen varias situaciones en las que el responsable queda liberado de su práctica y que coinciden con las detalladas en los arts. 13.4 y 14.5 RGPD. Estas situaciones se resumen en su Considerando (62), siendo: «cuando el interesado ya disponga de la información, cuando el registro o la comunicación de los datos personales estén expresamente establecidos por ley, o cuando facilitar la información al interesado resulte imposible o exija un esfuerzo desproporcionado». Dado que el deber de información debe de cumplirse con carácter previo a que se materialice la cesión de datos destinados a un nuevo tratamiento, es posible descartar el empleo de la primera de las excepciones. En relación a la última de las señaladas, por ser muy excepcional, deberá de limitarse estrictamente a aquellos supuestos en que concurra alguna de las situaciones reflejadas. Respecto a la segunda causa de dispensa, puede afirmarse que sucederá cuando la entrega de datos obedezca a un requerimiento judicial o a la obligación de formular denuncia de unos hechos delictivos percibidos o conocidos, toda vez que se está dando estricto cumplimiento a una obligación legal y no estamos ante un uso en provecho del responsable. En cambio, no es viable descartar rotundamente la obligatoriedad del derecho de información cuando la comunicación se base exclusivamente en la voluntad del responsable de hacer uso de los datos con fines probatorios, al no constituir en toda regla una obligación legal y depender del criterio de oportunidad. En cualquier caso, no debe obviarse que el cumplimiento del deber de información ante una cesión practicada por un responsable del

52 Según si los datos han sido obtenidos del interesado o de otro sujeto se acudirá al primero de los preceptos o al segundo.

53 Circunstancia en la que enfatiza el Considerando (50) RGPD: «Si el interesado dio su consentimiento o el tratamiento se basa en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituye una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar, en particular, objetivos importantes de interés público general, el responsable debe estar facultado para el tratamiento ulterior de los datos personales, con independencia de la compatibilidad de los fines. En todo caso, se debe garantizar la aplicación de los principios establecidos por el presente Reglamento y, en particular, la información del interesado sobre esos otros fines y sobre sus derechos, incluido el derecho de oposición».

tratamiento sometido al RGPD a una autoridad competente para la investigación de un delito, especialmente cuando no está judicializado o se ha decretado el secreto de las actuaciones una vez iniciada la instrucción, puede poner en riesgo su éxito. Por ello, entendemos que el deber de información debe decaer en estos supuestos, si bien, deberá ser la autoridad penal requirente o cesionaria, la que deberá de anticipar al responsable cedente, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso, deberá de cumplimentar dicho deber, o al contrario, no efectuar comunicación alguna, debiendo ser en su caso, llevada a cabo por la autoridad cuando desaparezcan las causas que motivaron el aplazamiento.

Y es que, las autoridades competentes en general, y los órganos jurisdiccionales del orden penal en particular, en su calidad de destinatarias de datos, no están exentos del cumplimiento de este deber informativo cuando le sean transmitido datos o los recopilen de oficio para el cumplimiento de sus fines, de hecho, la Directiva 2016/680/UE parte de su operatividad plena en sus arts. 13.1 y 2, con un alcance y contenido prácticamente similar al de los responsables sometidos al RGPD⁵⁴. Obligación que se ha trasladado igualmente al orden nacional a través del art. 21 de la Ley Orgánica 7/2021.

Sin embargo, habida cuenta de las funciones que desempeñan los juzgados en el orden penal, es evidente que la entrega inmediata al interesado de la información comprendida en el derecho de información puede resultar contraproducente para el buen desarrollo del proceso, especialmente para aquellos que se hallen en fase de instrucción y que estén sometidos a secreto de sumario como hemos advertido *ut supra*, pues se abriría la puerta a la frustración de diligencias de investigación y de otras indagaciones que se pudieran encontrar en curso. Por ello, los arts. 13.3 Directiva 2016/680/UE y 24.1 Ley Orgánica 7/2021, facultan a los Estados miembros y autoridades competentes, respectivamente, para que puedan adoptar medidas específicas destinadas a retrasar, limitar u omitir el deber de información para: a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales; b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales; c) proteger la seguridad pública; e) proteger los derechos y libertades de otras personas.

Por tanto, parece factible que en situaciones muy específicas en las que dar efectivo e inmediato cumplimiento del deber de información, tanto por el cedente como por el cesionario, pudiera contribuir a frustrar o perjudicar el buen fin de una investigación o un proceso penal, puedan aplicarse medidas destinadas a su restricción, si bien, las mismas no deben operar con carácter general, sino que deben ser valoradas *ad casum*, a fin de garantizar la proporcionalidad de la medida⁵⁵. Así la medida podrá consistir en la limitación o restricción del contenido que debe ponerse a disposición del interesado y/o a retrasar el momento en que debe dársele cumplimiento a uno posterior en el que se hubiera eliminado el riesgo⁵⁶. Por

54 GONZÁLEZ CANO, M. I., «Reflexiones sobre libre circulación de datos personales y principio de disponibilidad en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión Europea» en *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, Vol. 2, 2018, págs. 1106-1107.

55 Restricción que deberá atender particularmente a los principios de necesidad y proporcionalidad y a los derechos fundamentales del interesado *vid.* GONZÁLEZ CANO, M. I., «Reflexiones sobre libre circulación de datos personales y principio de disponibilidad en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 1106.

56 GONZÁLEZ CANO critica la excesiva amplitud de margen que la Directiva deja a los Estados miembros para imponer restricciones a este deber, puesto que no establece plazos máximos ni bases

ejemplo, en aquellos supuestos en que se hubiera decretado el secreto de las actuaciones, podría retrasarse justamente hasta el momento en que se alce y restringir su alcance a los documentos afectados por la medida. No obstante, lo cierto es que es posible colegir que tanto cedente como el órgano judicial deben teóricamente dar cumplimiento efectivo a este derecho. El primero con carácter previo a comunicar los datos y el segundo tras la recogida y registro de los mismos, sin perjuicio de que cuando exista algún riesgo para la investigación se retrase, a lo sumo, al momento en que se comunique la existencia del proceso o en su caso, al que se levante el secreto de sumario. En cualquier caso, la práctica procesal no se compadece con lo anterior más allá del pie de página la mayor parte de las veces obsoleto, insuficiente y/o genérico que se incorpora a las resoluciones judiciales sobre el derecho a la protección de datos, no es frecuente el cumplimiento de este deber del responsable para con el interesado. Piénsese que de la omisión de este derecho sin que exista una norma que establezca su regulación y limitación, implica una injerencia en uno de los aspectos que conforman el núcleo esencial del derecho a la protección de datos que no puede permitirse.

Por tales motivos, aun habiéndose transpuesto en los arts. 21 y 24.1 Ley Orgánica 7/2021 al derecho de información y las causas de limitación, se ha perdido una estupenda oportunidad para regular este derecho pormenorizada y detalladamente, al haberse limitado el legislador interno a hacer una mera traslación literal, dejando múltiples interrogantes y lagunas que pueden resultar de la práctica ordinaria. Por ejemplo, podemos señalar:

- a) La determinación de los sujetos obligados, debiendo diferenciar entre cedente y cesionario.
- b) El contenido material del derecho, especialmente cuando los datos se recojan de terceros.
- c) La fijación de los diferentes momentos en que debe cumplirse el deber de información según la diferente casuística procesal y fase en que se obtengan los datos.
- d) Concreción de las situaciones que permiten el establecimiento de limitaciones y restricciones y de éstas. Atendiendo especialmente a la relación que vincula al titular del dato con el proceso, pues no debería de afectar por igual al investigado o procesado que a un testigo o víctima. Solo de esta manera se podría garantizar la seguridad jurídica y salvaguardar la merecida seguridad jurídica, los fines del proceso y los derechos del interesado.

Finalmente, cabe apuntar que por sí mismos, el mero retraso o la completa omisión de este derecho en el marco del proceso no parecen circunstancias suficientemente aptas para la causación de una indefensión material en el interesado tal que pudiera desencadenar en una eventual nulidad o exclusión probatoria de los elementos personales respecto a los que no se haya producido. Pues aún su omisión, los interesados que sean parte en el proceso podrán acceder íntegramente a las actuaciones y contar con todos los elementos imprescindibles respecto al origen de éstos. Piénsese que realmente el contenido del derecho de información se refiere a una serie de circunstancias e información sobre el ejercicio de derechos en su mayoría

para establecer las limitaciones, motivo por el que se debilita la uniformidad y coherencia del marco normativo pretendido por el legislador comunitario. Restricción que deberá atender particularmente a los principios de necesidad y proporcionalidad y a los derechos fundamentales del interesado. *Vid.* GONZÁLEZ CANO, M. I., «Reflexiones sobre libre circulación de datos personales y principio de disponibilidad en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 1107. Estando de acuerdo con la manifestación de la autora, consideramos que dicha libertad puede obedecer a la dificultad para establecer ex ante plazos máximos absolutos, lo que no hubiera sido óbice para establecerlos de forma relativa en atención a determinados momentos o fases del proceso, cuando se refieran a la autoridad judicial.

de naturaleza extraprocesal. Únicamente, cuando de su falta de cumplimiento se derive una privación de la información requerida para poder ejercitar los recursos y remedios procesales sin indefensión, será posible que pueda reconocerse alguna irregularidad invalidante.

2.3. El tratamiento de los derechos ARSOPOL en el proceso judicial

Inicialmente hay que advertir que ni el RGPD ni la Directiva 2016/680/UE establecen una regulación especial, destinada a reglamentar el ejercicio y alcance de los derechos ARSOPOL en el seno del proceso judicial. En cuanto a la primera de las normas citadas, recordemos que aplicable directamente por su naturaleza formal, a los órdenes jurisdiccionales civil, laboral y contencioso-administrativo, la única medida que se prevé es que los Estados miembros puedan adoptar medidas legislativas destinadas a limitar tales derechos, cuando ello sea necesario y resulte proporcionado para entre otros fines, salvaguardar la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales. Cláusula que permitiría al legislador interno adecuar el contenido de tales derechos y de su ejercicio al entorno procesal en aras de coherencia la satisfacción de los derechos del interesado, con el debido desarrollo de la *litis*. No obstante, mientras el legislador nacional no hiciera uso de tal facultad, el régimen general proclamado de los derechos ARSOPOL dispuesto en el RGPD resultaría siendo aplicable en toda su extensión —alcance, contenido y procedimiento— en cualquier procedimiento judicial perteneciente a alguno de los señalados órdenes jurisdiccionales.

Por su parte, la Directiva 2016/680/UE, aun sin establecer parámetros o reglas específicas, contempla en su art. 18 una cláusula que habilita a los Estados miembros a disponer un régimen jurídico específico para los derechos ARSOPOL cuando se refieran a datos que consten en «*una resolución judicial o en un registro o expediente tramitado en el curso de investigaciones y procesos penales*». Es decir, cuando se trate de datos tratados por un órgano judicial en el seno de un proceso penal, con independencia de la fase en la que se encuentre. En este caso, se trasluce la advertencia del legislador europeo de las necesidades específicas que surgen en este ámbito para con estos derechos, habida cuenta de la confrontación que se puede generar entre el interés general en la obtención de la verdad material para el ejercicio del *ius puniendi* y el interés del interesado en controlar el flujo de sus datos y la calidad de éstos. Tal regulación nos invita a pensar que, en tanto en cuanto los Estados miembros no hicieran uso de tal habilitación y aprobaran un régimen interno especial para tales derechos, su contenido se regiría por las disposiciones genéricas establecidas en la Directiva 2016/680/UE, tal y como sucede con los tratamientos sujetos al RGPD.

En consecuencia, procede examinar si nuestro legislador ha hecho uso de las habilitaciones previstas en la legislación europea con el objeto de adaptar el régimen de ejercicio de los derechos ARSOPOL a las necesidades dimanantes del proceso, o, en su caso, resultan de aplicación a éste las disposiciones generales planteadas en el RGPD y la Directiva 2016/680 respectivamente.

Para tal menester, debemos acudir en primer lugar al art. 236 *septies* LOPJ. En dicho precepto se establecen en la actualidad, tras la reforma acometida por la Ley Orgánica 7/2021, los fundamentos generales de configuración de los derechos ARSOPOL en el ámbito judicial para cualquier orden jurisdiccional. Éste dispone, en el primero de sus apartados, que: «*En relación con el tratamiento de los datos personales con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán con-*

forme a las normas que resulten de aplicación al proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante los órganos judiciales, fiscalías u Oficina judicial en los que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal».

De su lectura, podemos extraer tres ideas generales, que se refieren al marco jurídico aplicable en los distintos órdenes, al órgano competente para conocer de las solicitudes y a la persona responsable de resolverlas.

Lo primero que podemos observar de dicha regulación, es que el legislador ha descartado la posibilidad de establecer un estatuto común a estos derechos para los diferentes órdenes jurisdiccionales. Al contrario, el precepto opta por hacer una mera remisión a la regulación que de estos derechos se recoja en las normas que resulten de aplicación al proceso en que los datos fueron recabados. Se trata de una regla un tanto oscura que adolece de notoria falta de precisión, habida cuenta de que puede ser interpretada en varios sentidos. Véase como la misma puede interpretarse como una remisión a las normas procesales que rigen en cada orden jurisdiccional, pero también, a las normas generales de protección de datos que resultan de aplicación a cada uno de éstos. Debemos decantarnos por esta última opción, principalmente, debido a la falta de reglamentación de estos derechos en ninguna de las leyes procesales generales. Además, resulta lógico que a cada proceso se le apliquen las normas generales del sistema de protección de datos al que se somete, pues con ello se consigue acomodar el ejercicio de estos derechos a las particularidades y condicionantes propios de cada jurisdicción.

De entender dicha remisión a las normas procesales, nos encontraríamos ante un importante vacío legal respecto a una de las parcelas nucleares del derecho a la protección de datos. Y en todo caso, tal exegesis supondría que el legislador se hubiera remitido a ciertas instituciones procesales que pueden asemejarse a primera vista, al contenido y resultado de algunos de estos derechos. Por ejemplo, el derecho de acceso al expediente judicial de las partes o de terceros interesados respecto al derecho de acceso⁵⁷. La rectificación de errores materiales dispuestos en resoluciones procesales y la aclaración o complemento de éstas respecto a los derechos de rectificación stricto sensu y el derecho de supresión. Sin embargo, lo cierto es que a pesar de los aspectos afines en que puedan coincidir, y que ciertamente la configuración de éstos puede tener algún tipo de influencia en los derechos subjetivos vinculados al derecho de protección de datos, cada uno de ellos presenta una naturaleza, alcance y uso distinto. No debiendo ser equiparados por el legislador en el papel en ningún caso, pues ello supondría la incursión en una práctica legislativa deficiente, que pondría en jaque no solo la seguridad jurídica de los interesados, sino su derecho fundamental a la protección de datos al privarlo de una parte esencial de su núcleo duro. Por tanto, una vez descartada dicha interpretación del art. 236 septies LOPJ, nos encontramos con el siguiente escenario:

- a) El ejercicio de los derechos ARSOPOL en los órdenes jurisdiccionales civil, laboral y contencioso-administrativo se acomoda a las reglas genéricas localizadas la legislación general de protección de datos. Esto es, dichos derechos se rigen por las disposiciones del RGPD, y en su caso, de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos de Carácter Personal.

57 Esta perspectiva resulta por ejemplo del segundo de los apartados del art. 236 octies LOPJ. En él, limita el ejercicio del derecho de acceso siempre que las actuaciones de un proceso hayan sido declaradas o reservadas.

- b) En el orden jurisdiccional penal el ejercicio de tales derechos estaría sometidos a las reglas previstas en la Ley Orgánica 7/2021, como norma interna de transposición de la Directiva 2016/680/UE.
- c) Todo ello, sin perjuicio de que a ambas vías, les resulten de aplicación, como derecho especial, las demás reglas organizativas establecidas en el art. 236 *septies* LOPJ.

Resuelta tal cuestión, procede verificar si el legislador nacional ha hecho uso de la habilitación reconocida en las normas generales de protección de datos que le permiten establecer modulaciones al ejercicio de los derechos ARSOPOL, y por tanto, ha configurado un régimen específico para este ámbito, o por el contrario, tales derechos se someten simplemente al régimen ordinario que resulte de aplicación al proceso en cuestión. Recordemos que la primera de las opciones exige, según establecen los arts. 23 RGPD y 18 Directiva 2016/680/UE, la adopción por el Estado miembro de una medida legislativa, que debe resultar necesaria y proporcionada y respetar en lo esencial los derechos y libertades fundamentales de los interesados⁵⁸. Tales exigencias implican que la inexistencia de un instrumento legal en el ordenamiento interno que prevea dicha posibilidad, impedirá a los órganos judiciales responsables del tratamiento limitar o restringir el ejercicio de cualesquiera de los derechos ARSOPOL, aun concurriendo alguna de las circunstancias habilitantes previstas en las normas generales de protección de datos. Cuestión que no resulta baladí, como podrá imaginarse, toda vez que existe una clara e indudable reserva de ley, que no deriva únicamente de la legislación europea, sino del art. 53 de nuestra Constitución.

En lo que respecta a las jurisdicciones sometidas al régimen general de protección de datos, es posible observar que ni el RGPD, ni particularmente la Ley Orgánica 3/2018 contienen disposición alguna referida a los derechos ARSOPOL en el ámbito judicial. Es decir, ni el legislador europeo ni el interno han previsto barreras al ejercicio de tales derechos respecto a los datos tratados en un proceso judicial del orden civil, laboral o contencioso-administrativo. Por ello, el ejercicio de tales derechos se rige por las disposiciones generales establecidas en la legislación nacional, sin que quepa posibilidad de que los órganos judiciales apliquen algún tipo de limitación o restricción, más allá de las que puedan derivarse de la aplicación de instituciones estrictamente procesales, como la intangibilidad de las resoluciones judiciales o la de acceso y obtención de copias de los autos.

En cambio, el legislador sí que ha hecho uso de tales facultades en el ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680/UE, si bien, las mismas resultan de aplicación a la justicia penal por supletoriedad. Y es que el art. 26 de la Ley Orgánica 7/2021, precepto encargado de regular el ejercicio de los derechos ARSOPOL en el ámbito del proceso, dispone inicialmente que *«El ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, supresión y limitación del tratamiento a los que se hace referencia en los artículos anteriores se llevará a cabo de conformidad con las normas procesales penales cuando los datos personales figuren en una resolución judicial, o en un registro, diligencias o expedientes tramitados en el curso de investigaciones y procesos penales»*. Mientras su segundo apartado completa el anterior punto establecido que *«Cuando los datos sean objeto de un tratamiento con fines jurisdiccionales del que sea responsable un órgano del orden jurisdiccional penal, o el Ministerio Fiscal, el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, supresión y limitación del tra-*

58 En tal sentido, resulta especialmente interesante la lectura de las Directrices 10/2020 sobre restricciones en virtud del artículo 23 del RGPD elaboradas por el Comité Europeo de Protección de Datos, de fecha 13 de octubre de 2021.

tamiento se realizará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, en las normas procesales y en su caso, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal».

Es decir, el primero de los apartados remite su configuración a las normas procesales penales, y por tanto, de modo principal a la Ley de Enjuiciamiento Criminal para determinar las reglas que resultan aplicables al ejercicio de los ARSOPOL respecto de los datos contenidos en expedientes, resoluciones y diligencias tramitadas en una investigación o proceso penal. Mientras el segundo apartado, se remite en cambio, en lo que respecta a los tratamientos jurisdiccionales de naturaleza penal, a la LOPJ y nuevamente, a las normas procesales aplicables.

Nos encontramos ante una dupla de preceptos cuyo contenido y alcance no resultan lo suficientemente claros. De su lectura, parece sonsacarse que el primero de ellos aglutina bajo su halo, no únicamente a los datos tratados en el proceso penal, bien en sede de instrucción o en sus fases posteriores, sino que además se encuentra bajo su paraguas los datos tratados por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal. Mientras, el segundo de los apartados se ciñe en exclusiva a los datos tratados con fines penales por los órganos judiciales o por el Ministerio Fiscal. Baste decir que además de la falta de claridad, la duplicidad y la superposición del contenido de tales preceptos complica sobremedida su interpretación y sentido. No cabe duda de que la técnica legislativa empleada es notoriamente deficiente y crea una situación de inseguridad innecesaria. En cualquier caso, en lo que interesa a este trabajo, se observa claramente de la redacción de los apartados del precepto, que a los procesos penales les resulta de aplicación la regulación de los derechos ARSOPOL establecida, bien en la LOPJ, bien en las normas procesales penales. Sin embargo, tal regla de remisión no deja de estar nuevamente vacía de contenido, al no prever tales cuerpos legales desarrollo alguno de tales instituciones. Incluso resulta redundante y circular, toda vez que el art. 236 septies LOPJ remite a su vez a la Ley Orgánica 7/2021, como norma aplicable al ámbito penal y viceversa.

Dicha situación de irresolución se viene a solventar con la aplicación de la regla de supletoriedad establecida *ad hoc* para este ámbito en el apartado 3 del art. 26 de la Ley Orgánica 7/2021. La misma previene que «*En defecto de regulación del ejercicio de estos derechos en dichas normas [en las normas procesales o la LOPJ], se aplicará lo dispuesto en esta Ley Orgánica*». Así las cosas, podemos concluir que en el ámbito de la jurisdicción penal, los derechos ARSOPOL se rigen por la ordenación establecida en los arts. 20 a 24 de la Ley Orgánica 7/2021, la cual es compartida por todas las autoridades competentes en la materia.

En este contexto, el legislador interno sí ha hecho uso de la habilitación legal proclamada en varios preceptos del Capítulo III de la Directiva 2016/680 por la cual se permite a los Estados miembros establecer limitaciones al ejercicio de tales derechos. Los motivos que pueden dar lugar a la denegación, total o parcial de las solicitudes, se relacionan en el art. 24 de la Ley Orgánica 7/2021, siendo traslación directa y completa de los señalados en la Directiva.

No obstante, consideramos que la decisión particular de la autoridad judicial competente que restrinja la respuesta al derecho ejercido no puede ser automática, sino que debe ser sometida a una valoración exhaustiva previa que deberá tener en cuenta los siguientes parámetros. En particular, debe verificarse la concurrencia de la causa que habilita la restricción del derecho y comprobar que la modulación del derecho resulta necesaria y útil para su salvaguarda. Siendo afirmativas las anteriores respuestas, debe efectuarse una ponderación de los derechos e intereses en liza y comprobar que se respeta el contenido esencial del derecho

a la protección de datos. Únicamente cuando todos los anteriores presupuestos se superen, la autoridad podrá tener por justificada la restricción. En tal caso, la autoridad competente deberá de informar por escrito al interesado sin dilación indebida, y en todo caso, en el plazo máximo de un mes de dicha restricción, de las razones de la misma⁵⁹, así como de las posibilidades de presentar una reclamación ante la autoridad de protección de datos, sin perjuicio de las restantes acciones judiciales que pueda ejercer. La autoridad tendrá que documentar los fundamentos de hecho o de derecho en los que se sustente la decisión denegatoria del ejercicio del derecho de acceso, para su entrega a la autoridad de control en el supuesto de que el interesado recurra a ésta ante la denegación.

Finalmente debemos señalar una causa específica y adicional de denegación del derecho de acceso que se estipula explícitamente en el art. 236 *septies* LOPJ. De hecho, es la única regla de carácter material que se contempla en todo el articulado. Esta regla específica, en relación al derecho de acceso, que este «...se denegará el acceso a los datos objeto de tratamiento con fines jurisdiccionales cuando las diligencias procesales en que se haya recabado la información sean o hayan sido declaradas secretas o reservadas». Medida que es del todo razonable, pero que sin embargo, consideramos que debe de aplicarse con carácter restrictivo. Es decir, tal barrera debe limitarse a los datos contenidos en diligencias estrictamente reservadas o declaradas secretas. Por ello, coexistiendo éstas con otras no declaradas secretas, el derecho de acceso no debería de extenderse a éstas últimas. Y en caso de solicitud, lo anterior no impediría que acordado su levantamiento se procediera a cumplimentarlo de oficio.

Lo segundo que podemos extraer de dicho precepto es que en el caso de datos tratados en sede judicial con fines jurisdiccionales, es el órgano judicial competente que conoce el proceso, el que debe conocer de las solicitudes de ejercicio de los derechos ARSOPOL que dimanen de los datos obrantes en aquel. Por tanto, el interesado deberá plantear su solicitud de ejercicio de derechos ante el juzgado o tribunal ante el que se esté tramitando la *litis* en la que se hubieran incorporado los datos. Dicha regla, no es ni más ni menos que consecuencia de la atribución al órgano judicial de su condición de responsable del tratamiento. Por tanto, no nos encontramos ante una regla especial, sino una mera regla destinada a aclarar la identificación de tal figura del organigrama de protección de datos en el sistema de justicia. Aunque no existiera la misma, idéntica respuesta encontraríamos aplicando las previsiones generales.

La última cuestión que se deduce, es que el precepto atribuye la competencia para resolver las peticiones de derechos ARSOPOL a quien la tenga atribuida en la normativa orgánica y procesal, aunque sin especificar entre qué concretos elementos personales del esquema judicial se distribuyen estas funciones. A la hora de analizar la asignación de roles en el esquema de protección de datos, consideramos que la competencia de decisión en la materia es compartida entre jueces y letrados de la Administración de Justicia, cada uno respecto a su propio ámbito competencial, según las normas procesales y atendiendo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ante la falta de una regulación específica, en ninguna de estas normas, estimamos que la competencia para decidir sobre las solicitudes de acceso que planteen los interesados en el marco de un proceso corresponde atenderlas, en todo caso, al letrado de la Administración de Justicia como responsable funcional de las tareas de docu-

59 No obstante, cuando la revelación de los motivos de la restricción del derecho pueda poner en riesgo los intereses que se pretenden salvaguardar, la autoridad competente puede omitir o sustituir dichas razones, por una redacción neutra.

mentación de los expedientes y archivos judiciales de conformidad con lo dispuesto en los arts. 234, 454 LOPJ y 4 del Reglamento de Actuaciones Accesorias, a falta de una regulación específica en las normas procesales.

Eso sí, su capacidad de decisión se verá restringida, en su caso, por las directrices o decisiones del titular del órgano jurisdiccional que se enmarquen en su ámbito competencial que puedan afectar al derecho de acceso de los interesados. Por ejemplo, nos referimos al supuesto en el que se decreta el secreto del sumario en el marco de unas diligencias de investigación penal. En cambio, para atender las solicitudes de rectificación de los datos personales serán competentes tanto el juez como el letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial responsable del tratamiento, si bien circunscribiéndose el ámbito de actuación de cada uno de ellos a las propias resoluciones que les correspondieran dictar de conformidad con las reglas procesales.

En último lugar, la competencia para resolver las solicitudes que pudieren plantearse respecto a los derechos de supresión y de limitación del tratamiento la ostenta en todo caso el juez o tribunal del órgano jurisdiccional que conozca de un concreto asunto, ya fuere en vía declarativa o ejecutiva, excluyéndose en cualquier caso la competencia del letrado de la Administración de Justicia. Ello lo confirma el art. 89 RAAAJ, al expresar que *«los datos de carácter personal incorporados se conservarán en tanto su supresión no sea ordenada por una decisión judicial...»*. Considerando igualmente extensible dicha regla respecto a al bloqueo de los datos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que los letrados de la Administración de Justicia, puedan proceder bien de oficio o bien a instancia de parte, dentro de su propio ámbito competencial, a la supresión de aquellos datos personales que se hallen en los documentos o en las resoluciones procesales a las que puedan acceder o que vayan a ser entregadas las partes, y siempre que no sean imprescindibles, ni sirvan para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 236.2 *quinquies* LOPJ. En cualquier caso hubiera sido preferible que el legislador hubiera aclarado con carácter general en la regulación de la LOPJ la distribución de competencias, toda vez, que como hemos advertido, las normas procesales a las que hace mención el art. 236 *septies* LOPJ no atribuyen expresamente la capacidad decisoria respecto a los derechos ARSOPOL, debiendo, en consecuencia, inferir las competencias de la asignación de las demás tareas análogas a tales facultades.

BIBLIOGRAFÍA

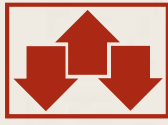
ABERASTURI GORRIÑO, U., *Los principios de la protección de datos aplicados en la sanidad (tesis doctoral)*, Universidad del País Vasco, España, 2011.

ÁLVAREZ CARO, M., «El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas» en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, págs. 227-241.

APARICIO SALOM, J., «La calidad de los datos» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 324-339.

- ARENAS RAMIRO, M., «El derecho de acceso» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 1159-1196.
- BUISÁN GARCÍA, N., «Derechos de las personas» en LESMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- CANALES GIL, A., «Derecho de información en la recogida de datos» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 396-433.
- COUDERT, F., «Ejercicio de Derechos» en ALMUZARA ALMAIDA, C. (coord.), *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- DÍAZ REVORIO, F. J., «Derecho de la información en la recogida de datos: una perspectiva constitucional» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 433-454.
- FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español: aspectos teóricos y prácticos*, Bosch, Barcelona, 2001.
- GARRÓS FONT, I., «El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales» en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2018, págs. 1-8
- GONZÁLEZ CANO, M. I., «Reflexiones sobre libre circulación de datos personales y principio de disponibilidad en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión Europea» en *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, Vol. 2, 2018, págs. 1106-1107
- GUICHOT REINA, E., «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales» en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007, págs. 407-445
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Transparencia en la información al interesado del tratamiento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos» en PIÑAR MAÑAS J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, págs. 205-226.
- HERRÁN ORTIZ, A. I., *El Derecho a la Intimidad en la Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Tecnologías de la Información, Policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Derechos de los individuos» en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI M. A. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (dir.), *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía*, Reus, Madrid, 2018, págs. 77-113.

- NIETO GARRIDO, E., «Transparencia y acceso a los documentos versus derecho a la protección de datos de carácter personal en la reciente jurisprudencia del TJUE», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus, Madrid, 2014.
- PUYOL MONTERO, J., «Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición», en ZABÍA DE LA MATA, J. (coord.), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- OROZCO PARDO, G., «Notas Acerca de la Relación entre Informática y Propiedad Intelectual» en *Informática y Derecho*, núm. 23-26, 1998
- SERRANO CHAMORRO, M. E., «Protección de datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias» en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, págs. 1-22.
- SERRANO PÉREZ, M. M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003.
- VV. AA., GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014
- VV. AA., TRONCOSO REIGADA, A. (coord.), *Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 diciembre. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Madrid, 2017.



Revista
DERECHO
PROCESO &

