

PREMIOS

Excelencia

C Á T E D R A
FUNDACIÓN MUTUALIDAD

2025



XIII EDICIÓN

2025

TRABAJOS GALARDONADOS

- **Primer premio XIII Edición, 2025** **04**

LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
SOBRE LOS ESCRITOS E INFORMES ELABORADOS
POR LOS ABOGADOS
Paula Refojo Otero
- **Segundo premio XIII Edición, 2025** **44**

ENTRE LA EDAD Y LA MADUREZ: REVISIÓN CRÍTICA
DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MENORES
DE EDAD COMO AUTORES DE DELITOS GRAVES
EN ESPAÑA
Fernanda Puente Córdoba
- **Tercer premio XIII Edición, 2025** **84**

EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL LITIGIO
ESTRATÉGICO. ESPECIAL MENCIÓN A LOS LITIGIOS
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
Paula Pérez García



La problemática de la propiedad intelectual sobre los escritos e informes elaborados por los abogados.

PAULA REFOJO OTERO

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA



Paula Refojo Otero

Universidad de Santiago de Compostela



Primer premio

XIII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2025

Resumen

La protección por medio de la propiedad intelectual de los escritos e informes elaborados por los profesionales de la abogacía es una materia que, pese a su trascendencia, no ha sido objeto de un tratamiento doctrinal y jurisprudencial exhaustivo. Se trata, además, de un tema de actualidad que ha motivado el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia en el mes de enero del año 2024 y, con anterioridad, de la Audiencia Provincial de Salamanca en el mes marzo del año 2017.

Habida cuenta de ello, el objeto del presente trabajo consiste en el estudio de las principales cuestiones que suscita esta materia, en especial, en relación con el nacimiento de la protección y las implicaciones de la utilización de los sistemas de inteligencia artificial; la autoría de la obra, así como la titularidad y el alcance de los derechos a que da lugar la propiedad intelectual.

Palabras clave: escrito, informe forense, propiedad intelectual, creación literaria o científica, forma de expresión, originalidad, autoría, inteligencia artificial, contribución humana relevante, cesión, límites.



Sumario

1. INTRODUCCIÓN	8
2. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	9
2.1. NORMATIVA APLICABLE	9
2.2. ANTECEDENTES	11
2.3. NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN	13
2.4. LAS IMPLICACIONES DE LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS ESCRITOS E INFORMES ELABORADOS POR LOS ABOGADOS	23
2.5. AUTORÍA, TITULARIDAD Y ALCANCE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	32
3. CONCLUSIONES	39
4. BIBLIOGRAFÍA	40
4.1. OBRAS DOCTRINALES	40
4.2. PÁGINAS WEB	42
4.3. JURISPRUDENCIA	42

I. INTRODUCCIÓN

La profesión de la abogacía se erige como un pilar fundamental en el Estado social y democrático de Derecho. De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del artículo primero del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo (EGAE, en adelante) ¹, su contenido viene constituido por la labor de asesoramiento, consejo y defensa de los derechos e intereses públicos y privados; en aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas. Tales funciones se ejercen a fin de salvaguardar la concordia, así como la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

En el desempeño de sus funciones, los abogados elaboran escritos muy variados entre sí: desde aquellos que, *prima facie*, se redactan extramuros de la vía administrativa y judicial (v. gr. dictámenes, contratos, requerimientos...); hasta los que se confeccionan en el seno de las actuaciones seguidas ante la Administración o ante los órganos jurisdiccionales (solicitudes en materia de jurisdicción voluntaria, demandas, contestaciones a la demanda, querellas, escritos de acusación y defensa, escritos de interposición de recursos; etc.).

De igual modo, en el ejercicio de la profesión, los abogados también protagonizan intervenciones orales tales como los informes o las conclusiones; entre otros.

Habida cuenta de ello, el objeto del presente trabajo consiste en examinar la salvaguardia de estas creaciones por medio de la propiedad intelectual², con especial atención a aquéllas que se elaboran en el marco de un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional. Asimismo, se identificarán y examinarán las principales particularidades de los escritos e informes elaborados en este ámbito y su incidencia en su protección por medio de los derechos de autor.

Se trata de una cuestión tradicional que, lejos de ser baladí y pese a no haber sido objeto de un análisis exhaustivo hasta la fecha, ha emergido con especial intensidad en la actualidad. Sin ir más lejos, la Audiencia Provincial de Valencia se ha pronunciado sobre esta cuestión en el mes de enero del pasado año 2024³.

1. BOE núm. 71, de 24/03/2021.

2. A lo largo del presente trabajo se utilizará la expresión "propiedad intelectual" como denominación específica de los derechos de autor; a diferencia de lo que acontece en el derecho anglosajón e incluso en algunos tratados internacionales que otorgan esta denominación, de forma omnicompreensiva, a los derechos de autor y a los que integran la propiedad industrial.

3. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:1).

2. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. NORMATIVA APLICABLE

El análisis de esta cuestión ha de principiar por la identificación, sin ánimo de exhaustividad, de las principales normas que configuran el régimen de la propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, son varios los convenios internacionales que disciplinan esta cuestión. En este ámbito, el marco normativo de protección está conformado, fundamentalmente, por los siguientes instrumentos:

- El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas ⁴.
- La Convención Universal sobre los Derechos de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1971⁵.
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996⁶.
- El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, en adelante)⁷.

En segundo lugar, en el seno de la Unión Europea se ha llevado a cabo una labor de armonización parcial en materia de derechos de autor. A tales efectos, se han promulgado trece directivas y dos reglamentos, con el propósito de aminorar las discrepancias nacionales y garantizar que la protección se dispense en grado tal que promueva la creatividad y la inversión en esta última⁸. Entre ellas, cabe destacar:

- La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los

4. Gaceta de Madrid, núm. 115, de 25/04/1933, págs. 618 a 623. BOE, núm. 81, de 04/04/1974, págs. 6885 a 6889.

5. BOE, núm. 13, de 15/01/1975, págs. 858 a 862.

6. BOE núm. 148, de 18/06/2010, págs. 52061 a 52089.

7. BOE núm. 20, de 24/01/1995, págs. 2206 a 2206.

España se encuentra entre los Miembros de la Organización Mundial del Comercio desde el 1 de enero de 1995. En su seno, se elaboró el Acuerdo sobre los ADPIC que constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece aquélla.

8. COMISIÓN EUROPEA, "Legislación de la UE en materia de derechos de autor", Web oficial de la Unión Europea, 15/11/2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/copyright-legislation> (consultada por última vez el 03/07/2025).

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva InfoSoc, en adelante)⁹.

- La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Directiva MUD, en adelante)¹⁰.

En tercer lugar, en el seno del derecho interno, la propiedad intelectual se regula, esencialmente, a través del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI, en adelante)¹¹. Con todo, ha de considerarse la existencia de otras normas en la materia como son, en lo que aquí interesa, el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual (vigente parcialmente)¹² y el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto 611/2023, de 11 de julio (RRPI, en adelante)¹³.

En suma, esta somera exposición normativa ha de clausurarse destacando que la única referencia a las creaciones elaboradas por los abogados como objeto de la propiedad intelectual se encuentra en la mención que el artículo 10.1.a) TRLPI efectúa expresamente respecto de los "informes forenses".

Habida cuenta de ello, el hilo conductor del presente trabajo estará constituido por dos grandes elementos: las disposiciones del TRLPI y la jurisprudencia dictada en esta materia. En cuanto a esta última, son especialmente relevantes la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017¹⁴ y la ya citada SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024. Todo ello sin perjuicio de las menciones que, en su caso, resulten procedentes respecto de las demás normas y pronunciamientos.

9. DO L 167, de 22/06/2001, págs. 10 a 19.

10. DO L 130, de 17/05/2019, págs. 92 a 125.

11. BOE núm. 97, de 22/04/1996.

12. Gaceta de Madrid núm. 250, de 06/09/1880.

13. BOE núm. 166, de 13/07/2023.

14. ECLI:ES:APSA:2017:170.

La Audiencia Provincial resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia que desestima la demanda de infracción de los derechos de autor sobre un escrito de demanda, presentado sobre la base del supuesto de hecho que a continuación se expone.

La demandante suscribió un contrato de colaboración con el codemandado para la prestación de sus servicios profesionales como abogada. Con anterioridad al inicio de su relación profesional, la actora había elaborado un borrador de un escrito de demanda de un asunto propio relacionado con la violación del derecho fundamental a la igualdad en el reconocimiento de títulos universitarios extranjeros. Al respecto, la demandante solicitó al codemandado que ejerciese su defensa en el marco del procedimiento ordinario a que daría lugar aquél escrito iniciador. Este último, tomó como punto de partida la versión preliminar elaborada por aquélla para, en el lapso aproximado de una semana, obtener el escrito de demanda definitivo. Con posterioridad, la actora registró el antedicho escrito en el Registro de la Propiedad Intelectual como creación de doctrina científica.

En sede de apelación, el objeto del procedimiento se centra en delimitar si los escritos profesionales de los abogados forman parte del objeto de la propiedad intelectual y, en tal caso, si así ocurriese respecto del concreto asunto, si ha existido una vulneración, por plagio, de los derechos de autor existentes sobre la obra.

2.2. ANTECEDENTES

Con carácter preliminar al examen de esta materia desde la perspectiva de la legislación vigente, resulta apropiado hacer una breve mención al tratamiento que le ha dispensado la normativa precedente.

En este sentido, el TRLPI es fruto de la incorporación al ordenamiento jurídico español del contenido de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines¹⁵; en especial, con respecto a las disposiciones de la precedente Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI, en adelante)¹⁶, hoy derogada por aquél.

A su vez, la LPI derogó la legislación vigente hasta el momento en la materia; legislación previa dentro de la cual resultan de interés las previsiones de la Ley de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual¹⁷ y, en particular, lo dispuesto en su artículo 16 que, encabezando la rúbrica "Pleitos y causas"¹⁸, acogía dos grandes ideas.

Por una parte, atribuía a las partes la propiedad sobre los escritos presentados a su nombre en el seno de un pleito o causa, cualquiera que fuese. No obstante, condicionaba el ejercicio de la facultad de publicación sobre los antedichos escritos a la obtención, con carácter previo, del permiso del órgano jurisdiccional sentenciador. Una vez la resolución por la que se decidiese la causa o litigio fuese firme, el tribunal concedería la correspondiente autorización; siempre y cuando la publicación no comportase, en sí misma, inconvenientes, ni ocasionase perjuicio alguno a las partes.

Por la otra, el indicado precepto consagraba de forma expresa la facultad de los profesionales de la abogacía de coleccionar los escritos o defensas que hubiesen autorizado; supeditando, de nuevo, su ejercicio, a la obtención de permiso por parte del tribunal y, cumulativamente, del consentimiento de la parte correspondiente.

Lo dispuesto en este precepto fue desarrollado en el artículo 12 del Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual, cuyo contenido es, en esencia, el que sigue.

15. DOCE núm. 290, de 24/11/1993, págs. 9 a 13.

16. BOE núm. 275, de 17/11/1987.

17. Gaceta de Madrid núm. 12, de 12/01/1879, págs. 107 a 108.

18. Este mismo rótulo acogía, junto con el artículo 16, otros dos preceptos (artículos 17 y 18). En su virtud, la publicación de copias o extractos de litigios fenecidos requería la preceptiva autorización por parte del órgano jurisdiccional sentenciador. La decisión de este último no era recurrible, y, si fuesen varios quienes hubiesen solicitado el permiso, el tribunal podía, en atención a las circunstancias concurrentes, concederlo a unos y a otros no; así como imponer las limitaciones que considerase oportunas.

En primer lugar, la antedicha disposición preveía que la utilización del derecho consagrado en los artículos 16 a 18 LPI correspondía tanto a las partes litigantes, como a sus letrados; a quienes se refería expresamente.

En segundo lugar, aludía a determinados elementos a los que habría de atender el tribunal sentenciador a la hora de decidir sobre el permiso solicitado; y que consistían en (1) el interés público o (2) el interés de las familias, o (3) lo dispuesto en el artículo 947 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal¹⁹.

En tercer y último lugar, el referido artículo 12 del Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual consagraba la obligación de dar audiencia al Ministerio fiscal y a las partes interesadas para decidir sobre la concesión o denegación del permiso; siempre y cuando aquél fuese o hubiese sido parte en el pleito o causa de que se tratase.

Habida cuenta de que la LPI derogó íntegramente la Ley de 10 de enero de 1879, lo dispuesto en el artículo 12 de su Reglamento de ejecución en relación con el artículo 16 de aquélla, ha de entenderse carente de eficacia y de toda posibilidad de aplicación; aun cuando formalmente siga en vigor²⁰.

En suma, tal y como indica CADARSO PALAU²¹, los preceptos examinados y, muy especialmente, el artículo 16 de la Ley de 10 de enero de 1879, supusieron la consagración, aún de forma indirecta y restringida, de la propiedad intelectual sobre los escritos e informes forenses elaborados por los profesionales de la abogacía.

De un lado, su reconocimiento era indirecto en la medida en que se articulaba por medio de la sola mención a una de las múltiples facultades correspondientes al autor sobre la obra.

Del otro, las limitaciones inherentes a esta consagración venían determinadas tanto por su coexistencia con el dominio que la parte ostentase sobre tales

19. Esta remisión ha de entenderse referida a la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal aprobada por Real Decreto de 16 de octubre de 1879. Al respecto, hemos de partir de lo establecido en su artículo 946, en cuya virtud se preveía la publicación de las sentencias en las que se declarase haber lugar o no al recurso de casación en la Gaceta de Madrid y en la Colección legislativa. Empero, el artículo subsiguiente preveía limitaciones en la publicación de estas resoluciones cuando se dictasen en causa seguida por cualquiera de los delitos, contra la honestidad y contra el honor, contenidos en los Títulos IX y X del Libro II del Código Penal de 1870. Las indicadas restricciones consistían en la supresión de los datos y las circunstancias que pudiesen revelar la identidad de las partes u otras personas involucradas; así como el órgano jurisdiccional que hubiese fallado el asunto. De igual modo, la Sala se encontraba expresamente facultada por este precepto para ordenar, en la propia resolución, su no publicación cuando, en atención a circunstancias especiales, apreciase que ello comportaría una ofensa a la decencia pública.

20. Recuértese que el TRLPI únicamente derogó de forma expresa los artículos 22 a 40 del indicado Reglamento. En este sentido: CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", Revista Galega de Administración Pública, núm. 35, septiembre-diciembre 2003, págs. 73 y ss. (74).

21. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 74.

escritos²², como por el control judicial que se preveía con carácter previo al ejercicio de la facultad referenciada.

2.3. NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN

Identificada la normativa aplicable y referidos sucintamente sus antecedentes inmediatos, el punto de partida de este análisis no puede ser otro que el estudio de los requisitos necesarios para el nacimiento de la protección por medio de la propiedad intelectual de las intervenciones orales y escritas efectuadas por los profesionales de la abogacía.

2.3.1. El objeto de la propiedad intelectual

El articulado del TRLPI se inicia con la proclamación del hecho generador de la propiedad intelectual en los siguientes términos: *“(l)a propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”* (artículo 1).

Lo dispuesto en este precepto debe ponerse en relación con el contenido del artículo 10 del mismo texto legal. En virtud de su apartado primero, el objeto de la propiedad intelectual está constituido por *“todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”*.

A continuación, para mejor comprensión de este concepto general, el precepto contiene una enumeración meramente ejemplificativa de creaciones que quedan incluidas en aquél. Así lo ha reconocido la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 253/2017, de 26 de abril de 2017²³.

Habida cuenta de ello, para que una creación pueda acceder a la protección que confiere la propiedad intelectual es imprescindible que concurran en ella, cumulativamente, dos grandes requisitos: (1) que se trate de una creación literaria, artística o científica y (2) que revista originalidad.

Con carácter previo al análisis de las antedichas exigencias, cabe destacar que únicamente resultan protegibles las creaciones humanas. Así viene a confirmarlo, aun indirectamente, el artículo 5.1 TRLPI, al proclamar que la autoría

22. La propiedad que la parte ostenta sobre los escritos presentados a su nombre no se circunscribe al soporte material, sino que alcanza su contenido inmaterial; en la medida en que es a ella a quien se reconoce expresamente la facultad de publicación, y quien ha de consentir el ejercicio de la facultad de colección por parte del abogado.

23. ECLI:ES:TS:2017:1644.

En particular, en el apartado primero de su Fundamento de Derecho Noveno, indica que “(e)l art. 10.1 TRLPI, que enumera una serie de tipos de obras protegidas objeto de la propiedad intelectual sin incluir la edificación o construcción, no tiene carácter exhaustivo sino meramente enunciativo (...)”.

sobre la obra corresponde a la persona natural que la haya creado²⁴. Esta cuestión se abordará con mayor detalle a propósito de la utilización de la inteligencia artificial en la preparación o elaboración de las intervenciones orales o escritas por parte de los profesionales de la abogacía.

2.3.2. La existencia de una creación literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte

La referencia que el artículo 10.1 TRLPI contiene respecto de las creaciones literarias, artísticas o científicas ha de entenderse lato sensu, puesto que, con ella, lo que se procura no es tanto catalogar las obras, como delimitar el ámbito de aplicación de aquélla²⁵.

Desde la perspectiva de este concepto general, los escritos elaborados por los abogados en el ejercicio de su profesión pueden pertenecer, en tanto que escritos científicos, al campo de la literatura y de la ciencia, simultáneamente. Según lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, *“obra literaria es cualquier creación que se represente por medio del lenguaje escrito, independientemente del formato, englobando distintos subtipos o subgéneros (novelístico, poético, periodístico, etc.)”*. Por su parte, las creaciones científicas comprenden tanto las ciencias naturales y exactas, como las ciencias humanas y sociales. A tales efectos, hemos de tener en cuenta que la profesión de la abogacía se encuentra presidida por la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídicas (*vid.* art. 1.2 EGAE).

Sentado lo anterior, procede analizar si los escritos e informes elaborados por los abogados en el ejercicio de la profesión son subsumibles en alguna de las categorías de obras a las que el artículo 10.1 TRLPI se refiere expresamente.

Al respecto, de conformidad con lo previsto en la letra a) del antedicho precepto, quedan incluidas en el concepto general de obra *“los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza”*²⁶.

En el seno de esta primera letra se contemplan las creaciones del lenguaje expresadas por escrito o de forma oral. De entre las categorías mencionadas

24. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 10.1.a)-h)”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 159 y ss. (160 y 161).

25. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 10.1.a)-h)”, cit, pág. 166.

26. Lo dispuesto en esta letra se corresponde con la primera parte de la previsión que contiene el artículo 2.1 del Convenio de Berna, en cuya virtud “(l)os términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza (...)”.

expresamente, cabría plantearse el encuadre de las intervenciones profesionales de los abogados en el concepto de "informes forenses" e, incluso, en el más genérico de "escritos". En sentido estricto, la expresión "informe forense" hace referencia a la *"exposición oral que hace el letrado o el fiscal ante el tribunal que ha de fallar el proceso"*²⁷ y, en consecuencia, a un determinado contenido de la obra; sin que, por ello, queden excluidos aquellos alegatos que se manifiesten por escrito²⁸. Muy al contrario, tal y como se ha indicado supra, el propio precepto efectúa mención expresa a los escritos; que ha de entenderse referida a toda *"carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso"*²⁹.

Por lo tanto, las creaciones elaboradas por los abogados en el ejercicio de la profesión quedarían incluidas, de forma implícita y según el caso, en las indicadas categorías de obras a las que se refiere la norma expresamente. Así lo ha entendido la jurisprudencia y, en especial, la Audiencia Provincial de Valencia que, en el apartado vigésimo cuarto del Fundamento de Derecho Cuarto de su ya citada Sentencia núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, afirma que el escrito de contestación a la demanda litigioso es merecedor de la protección que dispensa la propiedad intelectual, entre otras razones, *"porque la naturaleza del objeto examinado es perfectamente subsumible entre las previsiones del artículo 10.1.a) TRLPI, por asimilación a un "informe forense"*. Ello porque, si bien es cierto que un escrito de contestación a la demanda es un acto procesal cuya elaboración está encaminada a su incorporación a un determinado proceso; no lo es menos que contiene el dictamen del profesional de la abogacía que lo suscribe y que se manifiesta en la exposición de los hechos de importancia para la decisión del caso y el examen del Derecho que sea de aplicación.

Empero, lo contrario no constituiría óbice para su salvaguardia por medio de la propiedad intelectual. Ello en la medida en que la letra a) del artículo 10.1 TRLPI contiene una referencia genérica a *"cualesquiera otras obras de la misma naturaleza"* y, más aún, en que, siendo subsumibles en el concepto general de creaciones literarias, artísticas o científicas, la antedicha enumeración resulta meramente ejemplificativa.

2.3.3. La originalidad

2.3.3.1. Las concepciones objetiva y subjetiva de la originalidad

No toda creación literaria, artística o científica tendrá, por el mero hecho de serlo, acceso a la protección que brinda la propiedad intelectual. Por el contrario, de conformidad con lo previsto el artículo 10.1 TRLPI, resulta imprescindible que

27. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 173.

28. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.

29. <https://dle.rae.es/escrito> (consultada por última vez el 03/07/2025).

sea original; requisito cuya concurrencia habrá de apreciarse en cada caso concreto.

Al respecto, hemos de partir de dos premisas elementales. Por una parte, la normativa reguladora de la propiedad intelectual (convenios internacionales, derecho derivado de la Unión Europea y derecho interno) no alberga una definición legal del requisito de la originalidad para la generalidad de creaciones objeto de aquélla³⁰. Por la otra, el nacimiento de la propiedad intelectual es independiente del registro de la creación (*vid.* artículo 1 TRLPI); sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico prevea la inscripción facultativa de estos derechos por medio del Registro de la Propiedad Intelectual (*vid.* artículo 145.1 TRLPI)³¹. En todo caso, el registro de la creación no implica un control de su originalidad.

Por consiguiente, la jurisprudencia ostenta una posición nuclear en esta materia. En efecto, han sido los órganos jurisdiccionales quienes, a través de sus pronunciamientos, han delimitado el alcance del requisito de la originalidad exigido por la normativa reguladora de la propiedad intelectual. Se trata de una cuestión controvertida y compleja que, en la última década, ha sido objeto de una reformulación de gran calado; y a la que procede referirse, aun sucintamente, en relación con el tema que nos ocupa.

Tradicionalmente, los órganos jurisdiccionales españoles se han decantado por una concepción objetiva de la originalidad, en tanto que novedad, esto es, como cualidad de una creación que difiere de lo ya existente. A este respecto, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 542/2004, de 24/06/2004 en cuya virtud el requisito de la originalidad *"en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador"*³². Además, los defensores de esta tesis exigen la presencia de un cierto listón de originalidad, esto es, una relevancia mínima o altura creativa.

30. En cambio, sí se contempla respecto de determinadas creaciones; como es el caso de los programas de ordenador. En efecto, dispone el artículo 96.2 TRLPI que "El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor".

31. Así ocurre en el supuesto de hecho de la SAP SA núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, en el que la actora inscribió en el Registro de la Propiedad Intelectual los derechos de autor sobre el escrito de demanda por infracción del derecho fundamental a la igualdad en el reconocimiento de títulos universitarios extranjeros objeto del litigio (*vid.* nota al pie núm. 13).

La inscripción implica la presunción *iuris tantum* de existencia de los derechos registrados y de su pertenencia a su titular en la forma en que haya quedado delimitada en el asiento correspondiente (*vid.* artículo 145.3 TRLPI).

32. ECLI:ES:TS:2004:4443. En el mismo sentido, *vid.* apartado tercero del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 20/2020, de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:55).

Frente a esta concepción objetiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aboga por una noción de originalidad de marcado carácter subjetivo, por interpretarla como la ausencia de copia de una obra ajena (singularidad).

Habida cuenta de la labor de armonización parcial llevada a cabo en materia de derechos de autor en el seno de la Unión Europea, el antedicho órgano jurisdiccional ha intentado colmar las lagunas existentes por medio de sus pronunciamientos jurisprudenciales. En virtud de su doctrina de los "conceptos autónomos" se arroga la facultad de delimitar el alcance de aquellos términos u expresiones a los que se refieren los instrumentos legislativos de la Unión, sin ofrecer por sí mismos una definición, ni efectuar una remisión al derecho interno de cada Estado Miembro. Entre ellos, se encuentran las nociones de "obra" y "originalidad"³³.

En torno a estos dos últimos conceptos, el Tribunal de Justicia ha emitido una amalgama de pronunciamientos³⁴. Al margen de la polémica que suscitan, en las líneas que siguen se pretende la exposición somera de las principales conclusiones alcanzadas con el propósito de analizar, acto seguido, sus implicaciones respecto de las creaciones elaboradas por los abogados en el ejercicio de su profesión.

Para empezar, la calificación de obra queda reservada a los elementos que expresan la creación intelectual de que se trate; lo que "*implica necesariamente la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad*"³⁵.

Para seguir, es igualmente imprescindible que el objeto de que se trate revista originalidad. Esta exigencia ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el sentido de requerir la existencia de una creación intelectual propia de su autor. A su vez, la creación será atribuible a su autor cuando constituya un reflejo de su personalidad. Para ello es necesario que, como manifestación de su capacidad creativa, este último haya elaborado la obra adoptando decisiones libres y creativas. A contrario sensu, el objeto carecerá de originalidad cuando su

33. GOTZEN, F., «Los "conceptos autónomos" en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos de autor», en CÁMARA ÁGUILA, M. P., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (Coords.), La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 27 y ss. (27, 29 y 30).

34. Entre ellos, cabe destacar los siguientes: Sentencia de 16 de junio de 2009, Infopaq, C-5/08, EU:C:2009:465, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, BSA, C-393/09, EU:C:2010:816, Sentencia de 4 de octubre de 2011, Premier League, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, Sentencia de 1 de marzo de 2012, Football Dataco, C-604/10, EU:C:2012:115, Sentencia de 2 de mayo de 2012, SAS, C-406/10, EU:C:2012:259, Sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, Sentencia de 12 de septiembre de 2019, Cofemel, C-683/17; EU:C:2019:721 y Sentencia de 11 de junio de 2020, Brompton, C-833/18, EU:C:2020:461.

En la actualidad, se encuentran pendientes de resolución los Asuntos acumulados C 580/23 y C 795/23 y el Asunto C 323/24, a los que han dado lugar las cuestiones prejudiciales planteadas respecto de los conceptos de "obra" y "originalidad" en el campo de las obras de arte aplicadas. En cuanto a este último asunto las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante.

35. Sentencia de 12 de septiembre de 2019, Cofemel, C-683/17, EU:C:2019:721, apartado 32.

configuración venga determinada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que impidan el ejercicio de la libertad creativa por parte de su autor.

En suma, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales la apreciación de la concurrencia de este requisito respecto de los asuntos concretos que a ellos se sometan y en los que sea una cuestión controvertida³⁶. A tales efectos, han de tomar en consideración no sólo el resultado, sino también el proceso creativo en sí mismo considerado. Con ello, podrán determinar si su creador ha gozado de margen creativo en la elaboración de la creación y, en tal caso, si el proceso ha estado presidido por la adopción de decisiones libres y creativas expresivas de su personalidad. Recuérdese, en este punto, que la concepción subjetiva se basa en la protección de aquello que no es copiado; incluso si se asemeja a lo ya existente³⁷.

Por lo demás, este breve repaso por la evolución jurisprudencial en la materia pone de relieve la tensión existente entre las nociones objetiva y subjetiva de originalidad. Tal y como indica la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) en su ya citada Sentencia núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, la aplicación de cualquiera de estas concepciones con excesivo rigor comportaría importantes distorsiones.

De un lado, la valoración de la originalidad únicamente desde la perspectiva de la altura creativa puede provocar la confusión de esta exigencia con el requisito de la novedad y, más aún, con el valor del propio objeto. Con ello, se produciría la limitación infundada del acceso a la protección. En efecto, la aplicación de esta noción a las intervenciones, orales o escritas, propias de la abogacía arrojaría la conclusión de que *"(d)esde esta sola perspectiva, objetiva, resultaría infrecuente que un escrito procesal reuniese la altura intelectual suficiente como para considerarlo una obra susceptible de protección por ser una creación original"*³⁸.

Del otro, la formulación del carácter original de una creación en términos estrictamente subjetivos tendría como resultado un umbral de exigencia laxo, que permitiese el acceso a la protección que brindan los derechos de autor a la generalidad de creaciones.

36. La doctrina construida por el Tribunal de Justicia en torno al concepto de originalidad ha sido acogida por nuestros órganos jurisdiccionales. Buena muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 82/2021, de 16 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:497) y, en especial, lo expuesto en el apartado cuarto de su Fundamento de Derecho Tercero.

37. Vid. Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 02/03/2017 en cuya virtud *"(d)esde la STJUE de 16 de julio de 2009 (Infopaq), doctrina científica y jurisprudencia tienden a aplicar un criterio débil de originalidad (reconocido en la legislación de la UE para programas de ordenador y bases de datos que el TJUE, en la sentencia citada, hace extensivo a obras literarias), en el sentido de considerar original toda creación propia de su autor (no copiada)"*.

38. Apartado decimosexto del Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024.

2.3.3.2. La originalidad de los escritos e informes elaborados por los abogados

Sentado lo anterior, procede examinar la originalidad de los informes y escritos elaborados por los profesionales de la abogacía desde la perspectiva de la noción de originalidad construida por el Tribunal de Justicia.

En abstracto, el hecho de que los escritos e informes forenses, entre los que cabe incluir las intervenciones de los abogados, puedan revestir originalidad se deduce de la mención expresa que, en el marco de la enumeración ejemplificativa examinada supra, contiene el artículo 10.1 TRLPI³⁹. La misma conclusión se extrae del examen sistemático de las creaciones que jurisprudencialmente se han considerado originales. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha calificado como tales el folleto de instrucciones para explicación del uso y utilidad de las mamparas para baño⁴⁰ o los anuncios publicitarios de un diario⁴¹.

En otro orden de cosas, a efectos del objeto del presente trabajo resulta esencial la distinción entre las nociones de "idea" y de "obra". En efecto, las ideas, cuya libertad de utilización constituye un pilar fundamental en el desarrollo social, cultural, económico y científico; carecen de protección jurídica por medio de la propiedad intelectual, en la medida en que son escindibles de su forma de expresión⁴². Así lo proclaman expresamente el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor⁴³ y el artículo 9.2 del Acuerdo sobre los ADPIC⁴⁴. Por el contrario, la propiedad intelectual salvaguarda "la concreta forma de expresión en que esas ideas concebidas por el autor se reflejan en la creación, esto es, en la obra"⁴⁵.

Precisamente por ello, carecerá de originalidad aquella creación cuya forma de expresión venga impuesta por su función técnica; en la medida en que, en tal caso, el margen para determinar la manera en que ese planteamiento se pondrá en práctica es tan escaso que propicia la confusión entre idea y expresión⁴⁶.

La aplicación de esta diferenciación entre idea y obra a la materia que nos ocupa implica, de entrada, la imposibilidad de tutelar por medio de los derechos

39. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.

40. Vid. Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:508).

41. Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 429/2002, de 13 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3347).

42. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 168.

43. Bajo el rótulo "Ámbito de la protección del derecho de autor", este precepto proclama que "La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí".

44. El tenor literal de este precepto es idéntico a la previsión del artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor. Por su parte, el artículo 96.4 TRLPI consagra esta misma idea en el marco de la regulación de los derechos de autor sobre los programas de ordenador.

45. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.

46. Sentencia de 11 de junio de 2020, Brompton, C-833/18, EU:C:2020:461, apartado 27.

de autor un determinado planteamiento de la estrategia procesal a seguir o la idea de basar la pretensión o la defensa objeto de la intervención en una determinada norma jurídica o en la conjugación de varias de ellas. En cambio, siempre que concurren las exigencias examinadas, se considerará obra y quedará tutelada como tal la concreta forma en la que se exprese el alegato en el escrito o informe de que se trate⁴⁷.

Partiendo de esta base, conviene destacar algunas particularidades propias del mundo de la Abogacía, a fin de dilucidar su incidencia en la originalidad de los escritos e informes elaborados en su seno.

En primer lugar, la práctica forense está marcada por las disposiciones normativas y los usos existentes entorno a la forma y a determinados contenidos. Buena muestra de ello es lo previsto en los artículos 399 y 405 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁴⁸ en relación con los escritos de demanda y de contestación; respectivamente⁴⁹.

En segundo lugar, en el ámbito forense, las posibilidades de alcanzar el fin perseguido con la pretensión o defensa ejercida por el profesional de la abogacía se encuentran influidas notablemente por la utilización de argumentos de autoridad y la aplicación de la doctrina admitida y consagrada por los juristas más autorizados ("*communis opinio*")⁵⁰.

En tercer lugar, tal y como se ha expuesto *supra*, la labor que desempeña el abogado está presidida por la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídicas. Precisamente, es en el campo de las obras científicas, cuyo fin primordial es la comunicación de información, donde se aprecia con mayor nitidez la distinción entre las nociones de "idea" y "obra". Existe unanimidad en la doctrina en torno a la exclusión del ámbito de protección de los derechos de autor de las ideas, la información y la investigación relacionadas con la creación científica de que se trate. En cambio, y aunque pueda parecer contradictorio, respecto de estas creaciones pertenecientes al campo de la ciencia, se salvaguardará aquello que carece de carácter científico y que consiste en la exposición en sí misma considerada de las ideas concebidas. Dicho en otras palabras, no se protegerán las ideas expuestas (contenido) sino la forma en que aparecen recogidas en la obra⁵¹.

47. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 76.

48. BOE núm. 7, de 08/01/2000.

49. Apartado vigesimosexto del Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024.

50. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 77.

51. En la delimitación del alcance de la protección que brindan los derechos de autor, se ha venido distinguiendo entre el contenido y la forma de la creación; siendo únicamente esta última la que queda protegida en su condición de obra. Empero, no cabe desconocer que este planteamiento general no resulta aplicable por igual a todas las creaciones; máxime teniendo en cuenta que, respecto de algunas de ellas, ambas nociones se entrelazan de manera tal que es inviable su diferenciación, así como que, en otras ocasiones,

En consecuencia, dado que lo que se tutela por medio de la propiedad intelectual es la concreta exposición de las ideas; la originalidad habrá de referirse, como es lógico, a ella. Es por ello que ninguna de las antedichas singularidades constituye óbice para la salvaguardia de los escritos e informes que elaboran los abogados en el ejercicio de su profesión a través de los derechos de autor.

En la medida en que estas últimas quedan incluidas, de forma implícita, entre las creaciones del lenguaje expresamente mencionadas en el artículo 10.1.a) TRLPI, su originalidad reside en su composición y/o expresión, esto es, en las particularidades que pueda presentar la construcción, disposición y combinación discursiva. Tal y como indica CADARSO PALAU⁵², a estos efectos resultan ilustrativas *"algunas de las operaciones en que la retórica clásica (no casualmente se habla de "arte retórica") descomponía la argumentación ("inventio", "dispositio", "elocutio")"*.

Así lo ha reconocido la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 20/2020, de 16 de enero de 2020 en un ámbito tan cercano al que nos ocupa como lo es el de los estudios jurídicos. En el apartado tercero de su Fundamento de Derecho Segundo argumenta que *"esa exigencia de creatividad no justifica que, en un ámbito como el del presente recurso (estudios de Historia del Derecho), se asocie con el juicio que sobre la originalidad de las ideas expuestas pudieran hacerlos conocedores de la materia, sino con la forma en que son expuestas"*, pues *"lo verdaderamente relevante es que, sin perjuicio de las pertinentes citas de las fuentes de las que se tomó este conocimiento, la forma en que se expuso difería de lo ya existente y no constituía un lugar común"*.

De ahí que quepa plantearse la protección de aquellas partes de los escritos, en sí mismas consideradas, consistentes en una selección de pronunciamientos jurisprudenciales; respecto de las cuáles la labor del abogado consiste, principalmente, en la identificación y elección de las resoluciones a las que se hará referencia y, dentro de ellas, de los fragmentos que se incorporarán expresamente al documento; así como su disposición en un determinado orden. En efecto, su salvaguardia por medio de la propiedad intelectual tiene expreso

también se tutelan determinados contenidos.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, págs. 168 y 169.

Al respecto, el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid afirma, en el Fundamento de Derecho Séptimo Cuarto de su Sentencia núm. 116/2024, de 06/09/2024 (ECLI:ES:JMM:2024:102), respecto de un procedimiento ordinario seguido por la infracción de los derechos de autor por plagio de la tesis elaborada por la demandante en el ámbito de la Historia, lo siguiente: *"(s)e ha de tener en cuenta que estamos ante una obra científica relativa a hechos históricos, por lo que el relato de los mismos, en sí, no es original por lo que no está protegido por un derecho de propiedad intelectual. Es el previo estudio de los hechos históricos, las fuentes, la exposición de los datos y las conclusiones derivadas del estudio científico, entre otros aspectos, lo que determina la originalidad de la obra, es decir, de la tesis"*.

52. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 77.

fundamento en lo dispuesto en el artículo 12.1 TRLPI, en cuya virtud *"(t)ambién son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las analogías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, si perjuicio, en su caso de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos"*. Este precepto se refiere a las obras de colección en un sentido amplio, como aquellas que se construyen tomando como punto de partida otras obras o elementos no protegidos por la propiedad intelectual, en las que la originalidad radica en los criterios de selección, así como en la forma en que se ordenen y dispongan. Entre ellas, encajan perfectamente las recopilaciones de disposiciones legales o resoluciones jurisprudenciales⁵³.

Sea como fuere, y sin perjuicio de este planteamiento general, los elementos trascendentes para valorar la originalidad de la creación han de identificarse respecto de cada caso concreto. Del mismo modo, las circunstancias concurrentes en cada supuesto y, en especial, la extensión o complejidad de la obra determinarán el margen creativo del que dispondrá el autor⁵⁴.

El tipo de creaciones que elaboran los profesionales de la abogacía son muy variados, y abarca desde los escritos de trámite que permiten un menor margen de libertad creativa; hasta aquellos otros que, por su naturaleza, permiten vislumbrar el estilo propio de su autor. En este sentido, especial mención merecen los informes orales, en los que no sólo entran en juego elementos, tales como la cadencia, los gestos, las pausas o la entonación de quien los refiere, que singularizan el alegato; sino que, además, su autor emplea cualidades personales, como son la voz o la imagen, merecedoras de protección por sí mismas y con independencia del carácter original que pueda revestir aquél⁵⁵.

Por lo demás, el acceso a la protección no se condiciona a que la obra esté acabada; siempre que lo ya ejecutado constituya una creación literaria, artística o científica original. Por consiguiente, los borradores de escritos elaborados por los profesionales de la abogacía podrán, en su caso, ser merecedores de la salvaguardia que brindan los derechos de autor⁵⁶. Esta protección puede perdurar incluso tras la finalización de la obra, cuestión de suma importancia cuando en la elaboración de la creación han participado diversas personas. Del mismo modo, también quedarán protegidas las partes de una obra; siempre que cumplan las mismas exigencias aplicables a su totalidad⁵⁷.

53. MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., MINERO ALEJANDRE, G., "Artículo 12", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 212 y ss. (214).

54. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 173.

55. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit, pág. 77.

56. En relación con la tutela del borrador de un escrito de demanda vid. Fundamento de Derecho Sexto de la, ya citada, SAP SA núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017.

57. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 170.

En esta misma línea, a estos efectos resultan intrascendentes aspectos tales como la calidad o el coste de la obra, o el esfuerzo invertido en su elaboración⁵⁸.

En suma, cabe clausurar este recorrido por la noción de la originalidad aplicada al objeto que nos ocupa, indicando que nuestros órganos jurisdiccionales han acogido que los escritos e informes elaborados por los abogados en el ejercicio de su profesión ostenten la consideración de obras protegibles a los efectos de la propiedad intelectual. A efectos ilustrativos, cabe referirse a la SAP V núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, que reconoce como tal un escrito de contestación a la demanda. Ello por cuanto, según lo expuesto en su Fundamento de Derecho Cuarto, el objeto es *"uno identificable con suficiente precisión, en cuanto expresado de forma objetiva y bien delimitada, que puede ser percibido de la misma manera"* y *"su elaboración es el resultado de un proceso de toma de decisiones sucesivas y complejas, desde el punto de vista sistemático y de expresión de contenidos, donde es perceptible el carácter del profesional que lo suscribe"*.

2.4. LAS IMPLICACIONES DE LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS ESCRITOS E INFORMES ELABORADOS POR LOS ABOGADOS

2.4.1. Identificación de la problemática

Una vez expuesto que los escritos e informes elaborados por los abogados pueden ser salvaguardados por la propiedad intelectual, procede examinar, desde la perspectiva del derecho positivo, qué acontece cuando, en la elaboración de tales creaciones, se emplea la inteligencia artificial (IA, en adelante).

A tales efectos, hemos de tener en cuenta que, en el ordenamiento jurídico español, la propiedad intelectual se concibe como el mecanismo propicio para poner en valor la personalidad del autor, manifestada a través de su obra. La legislación existente en esta materia adopta una perspectiva personalista, desde la que ubica al creador en una posición nuclear puesto que, en esencia, aquello cuya salvaguardia se procura no es otra cosa sino los frutos dimanantes del cuerpo y alma de las personas⁵⁹. En este sentido, el sistema de derechos de

58. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", cit, pág. 171.

59. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, págs. 73 a 79.

autor pretende el respeto, la recompensa y la promoción de la creatividad humana. Partiendo de esta base, el nacimiento de la protección en relación con una obra exige, ineludiblemente, la autoría humana (*vid.* Artículos 1 y 5.1 TRLPI)⁶⁰.

El carácter antropocéntrico del Derecho de autor colisiona frontalmente con la posibilidad de que nazca esta protección en favor de los contenidos generados por la IA; en la medida en que manan de sistemas capaces de aprender, evolucionar y adoptar decisiones con los datos que le son proporcionados. Estos modelos, denominados softwares de aprendizaje automático ("*machine learning*"), han emergido como una tecnología transversal, susceptible de ser utilizada en la generalidad de sectores de la economía y de la sociedad y cuyo impacto en la elaboración y distribución de bienes, así como en la prestación de servicios, se prevé, irá en aumento en el futuro próximo⁶¹.

En particular, las profesiones de índole jurídica y, en especial, la abogacía, no permanecen al margen de este fenómeno. Nada más lejos de la realidad, la elevada funcionalidad que los sistemas de IA albergan en este ámbito ha motivado la aparición de la denominada "inteligencia artificial jurídica".

2.4.2. Concepto y funcionalidad de la IA en el ámbito jurídico

El punto de partida de esta exposición no puede ser sino la conceptualización del fenómeno que nos ocupa. Al respecto, en el seno de la Unión Europea, se ha dictado el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (RIA, en adelante)⁶². El propósito de esta norma consiste en regular la puesta en venta y explotación de los sistemas de IA⁶³, entendiendo por tal todo "*sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales*" (artículo 3.1).

60. Igualmente, como manifestaciones del carácter antropocéntrico del Derecho de autor, *vid.* artículos 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (BOE núm. 103, de 30/04/1977).

61. OMPI, "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1), Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA), Segunda Sesión, 13/12/2019, pág. 1.

62. DOUE núm. 1689, de 12/07/2024, págs. 1 a 144.

63. FERNÁNDEZ ALONSO, P., "Abogacía del siglo XXI: Internet, Metaverso e Inteligencia Artificial en el ámbito penal", en ARROYO ABAD, C. y SALVADOR GARCÍA, M. (Coords.), *Inteligencia Artificial y Derecho: Desafíos Éticos, Laborales y Judiciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, págs. 42 y ss. (pág. 54).

En el marco de este concepto general, merecen especial atención los modelos de IA generativa. Con esta denominación se designa a aquellos modelos aptos para la generación flexible de contenidos (texto, imágenes; etc.). Estos sistemas se fundamentan en modelos de aprendizaje profundo (*deep learning*) que utilizan algoritmos denominados "redes neuronales artificiales", a través de los cuáles se simulan los procesos de adquisición de conocimientos y adopción de decisiones de los seres humanos. Los engranajes del sistema se ponen en marcha con la ingente cantidad de datos que los programadores proporcionan a la máquina ("*inputs*"); actividad que en la jerga informática se denomina "entrenamiento". Sobre la base de estas informaciones, el sistema identifica y codifica patrones que, ulteriormente, utiliza para comprender las peticiones formuladas por los usuarios ("*prompts*") y ofrecer una respuesta con nuevos contenidos ("*outputs*"). Los modelos de IA generativa constituyen, por su capacidad de aplicación a una amplia gama de tareas, el ejemplo prototípico de los modelos de IA de uso general⁶⁴.

Más concretamente, la expresión "inteligencia artificial jurídica"⁶⁵ designa los sistemas inteligentes y sus algoritmos que sirven a los profesionales del Derecho en el desempeño de los quehaceres que le son propios; tales como la investigación jurídica, la búsqueda y el análisis de jurisprudencia o la gestión de documentación⁶⁶. Este planteamiento no es baladí, por cuanto implica que la IA generativa ha recibido un entrenamiento basado en información jurídica, con el propósito específico de asistir a los profesionales que integran el sector⁶⁷. Al respecto, el éxito en la implementación de un sistema de IA por un abogado depende, significativamente, de la calidad de los datos de los que se nutra; que no sólo son proveídos por los programadores al desarrollar el sistema, sino también por el usuario al efectuar la petición de que se trate⁶⁸.

64. DELGADO MARTÍN, J., "Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia", *diariolaley*, 05/09/2024 <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/09/16/notas-sobre-el-uso-de-la-ia-generativa-por-profesionales-del-sistema-de-justicia> (consultada por última vez el 09/07/2025). Considerandos 99 y 105 RIA.

65. En un sentido similar, se ha acuñado la denominación de "IA generativa legal". Sea cual fuere la expresión que se utilice, buena muestra de los sistemas que designan son las herramientas de IA impulsadas por la editorial Tirant lo Blanch, entre las que se encuentran "Conversa" y "Soft-IA".

66. <https://prime.tirant.com/es/actualidad-prime/inteligencia-artificial-juridica-mejores-herramientas/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

67. IRAZABAL, E., "La Inteligencia Artificial ya es inevitable para la profesión jurídica", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías (Consejo General de la Abogacía Española), 06/03/2023, <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-inteligencia-artificial-ya-es-inevitable-para-la-profesion-juridica/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

68. LOZANO, I., "La IA que ya está revolucionando la abogacía: las claves para no quedarte atrás", *Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM)*, 14/11/2024, <https://web.icam.es/la-ia-que-ya-esta-revolucionando-la-abogacia-las-claves-para-no-quedarte-atras/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

Partiendo de esta base, entre las funciones que puede desempeñar la IA jurídica en relación con el ejercicio de la abogacía⁶⁹, merece especial atención al objeto del presente trabajo, la asistencia en la elaboración de escritos. Esta función se fundamenta en los modelos previamente almacenados y engloba la síntesis del contenido, la esquematización y extracción de ideas principales, la simplificación del lenguaje, la ampliación del texto cuando se precisa de un mayor detalle; la corrección ortográfica y gramática o incluso la elaboración de sugerencias de mejora⁷⁰.

En suma, es una realidad que los modelos de IA generativa producen textos a partir de los datos proporcionados por los programadores, al desarrollar el sistema, y por el usuario, al formular la petición. En el ámbito jurídico, existen múltiples manifestaciones de esta circunstancia⁷¹.

69. Otra de las utilidades más distinguidas de los sistemas de IA generativa consiste en la automatización de tareas reiterativas. En efecto, estos modelos son capaces de procesar grandes cantidades de datos en un tiempo récord, por lo que son la herramienta apropiada para el examen de la documentación que se entrega a los abogados.

Asimismo, los modelos de IA jurídica resultan igualmente eficaces en la búsqueda de información y en la resolución de consultas. La amplitud de la capacidad de procesamiento que los caracteriza les permite identificar y filtrar las normas, así como los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales relacionados con una determinada materia; pero también examinar su contenido e incluso responder directamente a las consultas jurídicas que formule el usuario. Del mismo modo, algunos de estos sistemas incorporan funcionalidades que permiten extraer citas, visitar las referencias utilizadas para ofrecer cada respuesta e incluso obtener sugerencias inteligentes basadas en preguntas anteriores y patrones de búsqueda.

Por el contrario, el inconveniente primordial que presentan los sistemas de IA generativa en lo que concierne a los contenidos producidos, consiste en la formulación de respuestas falsas, incompletas o que manifiestan erróneamente basarse en una determinada fuente. Este fenómeno, que recibe la denominación de "alucinaciones", incita a la utilización de estos sistemas con mesura y bajo supervisión; máxime en un sector como el jurídico en el que los datos que se manejan ostentan una especial sensibilidad.

En todo caso, en el sector legal está tratando de combatirse esta distorsión por medio de lo que se conoce como "retrieval-augmented generation" (RAG). Esta técnica se basa en la incorporación, entre la petición efectuada por el usuario y la devolución de un resultado por parte del sistema, de dos pasos intermedios consistentes en la recuperación, que toma en consideración la documentación específica proporcionada por el usuario, y la generación.

En este sentido: JIMÉNEZ, I., "La revolución de la IA en la Abogacía", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías (Consejo General de la Abogacía Española), 16/05/2024, <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-revolucion-de-la-ia-en-la-abogacia/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

MORELL, J., "La IA generativa legal necesita mejorar", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías (Consejo General de la Abogacía Española), 11/06/2024, <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-ia-generativa-legal-necesita-mejorar/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

70. <https://prime.tirant.com/es/actualidad-prime/inteligencia-artificial-juridica-mejores-herramientas/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

71. Buena muestra de ello es lo previsto en el apartado primero del artículo 57 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE núm. 303, de 20/12/2023).

En virtud del indicado precepto, en el ámbito de la Administración de Justicia y, más concretamente, de la tramitación electrónica de procedimientos judiciales, ostenta la consideración de actuación asistida "aquella para la que el sistema de información de la Administración de Justicia genera un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal".

Sea como fuere, para que la versión preliminar generada por este modo llegue a constituir una resolución judicial o procesal será imprescindible la validación del texto definitivo por el operador de la Administración

2.4.3. Delimitación del objeto de la controversia

Tradicionalmente, la salvaguardia por medio de la propiedad intelectual de las obras originales creadas a través de la utilización de los programas de ordenador, ha sido, en términos generales, una cuestión pacífica. Esta afirmación es consecuencia de la aplicación clásica del software en el proceso creativo como un simple elemento de apoyo o herramienta al servicio del usuario; a quien pertenecía la condición de autor de la obra. Con independencia de su nivel de sofisticación, la naturaleza de los programas de ordenador no dejaba de ser la de un instrumento que se encontraba al alcance del creador para, bajo su control, facilitar la ejecución de la idea concebida.

Por el contrario, tal y como se ha expuesto supra, en la actualidad los sistemas de IA son capaces de generar contenidos aparentemente protegibles por medio de la propiedad intelectual, a partir de los datos proporcionados por los programadores y el propio usuario al efectuar la consulta. En estos supuestos están involucrados una pluralidad de elementos (el programa de ordenador, su algoritmo y el contenido resultante) por lo que conviene aclarar cuál de todos ellos se encuentra en el centro de la controversia⁷².

Por una parte, es una cuestión indubitada que el programa de ordenador involucrado quedará salvaguardado por los derechos de autor; siempre y cuando revista originalidad, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor⁷³.

Por la otra, de conformidad con lo previsto en los artículos 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y 9.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y 96.2 TRLPI, el algoritmo⁷⁴ que permite al sistema la generación de contenidos no es susceptible de quedar protegido por medio de la propiedad intelectual.

Descartados los dos elementos precedentes, la problemática radica en el contenido generado por los sistemas de IA y su protección por medio de la

de Justicia competente (apartados 2 y 3 del indicado artículo 57). En este sentido: ALMONACID LAMELAS, I., "¿Puede una máquina redactar un escrito jurídico? Si y no...", EsPublicoBlog, 25/04/2025, <https://www.administracionpublica.com/puede-una-maquina-redactar-un-escrito-juridico-si-y-no/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

Igualmente a título ejemplificativo, Vid. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal) núm. 2/2024, de 4 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TSJNA:2024:38A); que se emite en relación con un procedimiento penal, en el que se presentó querrela elaborada por el letrado de la acusación. El abogado empleó en su creación el sistema de IA, CHATGPT 3. Como consecuencia del empleo inapropiado de este último, el escrito rector incorporaba referencia errónea al Código Penal del ordenamiento jurídico colombiano, en lugar del español.

72. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., La propiedad intelectual..., cit., págs. 54 y 60.

73. Así lo proclaman los artículos 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 10.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y 96.2 TRLPI.

74. Según la definición que ofrece la Real Academia Española (RAE) algoritmo es el "Conjunto ordenado de operaciones matemáticas que permite hallar la solución de un problema". Vid. <https://dle.rae.es/algoritmo> (consultada por última vez 09/07/2025).

propiedad intelectual. En efecto, la controversia mana del hecho de que los indicados modelos trascienden la concepción del software como mero instrumento a disposición del usuario; para erigirse como una tecnología capaz generar productos con una intervención humana mínima. En ausencia de un creador humano a quien corresponda la autoría, esto es, cuando el contenido es generado por una máquina en lugar de una o varias personas; queda vedada la posibilidad de que aquél constituya el reflejo de la personalidad en el que la legislación en materia de propiedad intelectual fundamenta la protección de las obras originales⁷⁵.

Delimitado el objeto de la controversia, su estudio será abordado tomando como punto de partida la diferenciación entre los escritos e informes elaborados por los abogados con la asistencia de la IA y los contenidos generados por la IA; en los términos que a continuación se exponen⁷⁶.

Las creaciones literarias o científicas elaboradas por los profesionales de la abogacía con la asistencia de la IA engloban los supuestos en los que aquellos, en su condición de usuarios, emplean el sistema como una mera herramienta a su disposición; del mismo modo en el que tradicionalmente se han utilizado los programas de ordenador o de forma equiparable. Piénsese, v.gr., en el abogado que hace uso del modelo de IA a los solos efectos de buscar información y, a partir de los resultados obtenidos, elabora por sí mismo el escrito o informe de que se trate. En tales casos, si bien la IA participa del proceso creativo, la forma de expresión del escrito o informe resultante responde a la labor de creación efectuada por el abogado; que trasciende al eventual contenido generado por la IA y que, de concurrir las exigencias expuestas a propósito del nacimiento de la protección, podría llegar a constituir una obra protegible por medio de los derechos de autor. Por consiguiente, estos supuestos se mantienen al margen de la polémica que nos ocupa⁷⁷.

Por lo demás, la problemática inherente al contenido generado por la IA justifica la dedicación a esta cuestión de un apartado específico en el seno del presente trabajo.

75. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., *La propiedad intelectual...*, cit., págs. 58, 63 y 73 a 79.

76. En su día, esta distinción fue apuntada por la OMPI en el borrador y la versión revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial. En esta última, se utilizan los términos "generado por IA" y "generado de forma autónoma por la IA" como sinónimos para designar "la generación de un producto mediante IA sin la intervención humana", entendiendo por "producto" las "obras, dibujos y modelos y marcas". Vid. OMPI, "Versión Revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 REV), Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA), Segunda Sesión, 21/05/2020, pág. 4.

77. La U.S. Copyright Office indica, en su informe titulado "Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability", lo siguiente: "Neither the use of AI as an assistive tool nor the incorporation of AI-generated content into a larger copyrightable work affects the availability of copyright protection for the work as a whole". Vid. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability*, enero de 2025, pág. 1.

2.4.4. Tratamiento de los contenidos generados por la IA. La contribución humana relevante.

Con ocasión del Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial, la OMPI afirmó que "*(l)as aplicaciones de IA pueden producir obras literarias y artísticas de forma autónoma*"⁷⁸. En la versión revisada de este documento, la antedicha aserción fue suprimida, haciendo constar, en su lugar, que "*(l)as aplicaciones de IA tienen cada vez mayor capacidad para generar obras literarias y artísticas*"⁷⁹. En todo caso, subsistió la mención a las obras generadas por IA, como homóloga de las generadas de forma autónoma por la IA, refiriéndose ambas expresiones, según el tenor literal de la versión revisada del documento, a la generación de obras "*sin la intervención humana*".

La autonomía total en la generación de contenidos por los sistemas de IA y la ausencia de intervención humana en su producción a las que alude la OMPI, han suscitado numerosas críticas en cuanto a su correspondencia con la realidad concurrente en el momento en el que los indicados documentos fueron publicados.

Hasta la actualidad, la generación de contenidos por los sistemas de IA parte de la intervención humana, en la medida en que exige el entrenamiento de la máquina por medio de las informaciones proporcionadas por sus desarrolladores. En el ámbito de la creación literaria, artística y científica, los inputs de los que se nutre el sistema consistirán, en su mayor parte, en creaciones humanas protegidas por medio de los derechos de autor⁸⁰. Además, para obtener el producto es igualmente necesario el planteamiento de una consulta por parte del usuario. En definitiva, la intervención humana se verifica en distintas etapas del proceso de producción que llevan a cabo los sistemas de IA⁸¹.

Sentado lo anterior, lo cierto es que, actualmente, los sistemas de IA son capaces de generar contenidos textuales, visuales o sonoros cuya apariencia se asemeja a la de las creaciones humanas tradicionalmente protegidas por los derechos de autor. En lo que concierne al objeto del presente trabajo, la expresión "contenidos generados por la IA" designa aquellos casos en los que el escrito presentado o el informe elaborado por el abogado consiste en el concreto producto generado por el sistema de IA; sobre la base de los datos proporcionados por sus desarrolladores y a la consulta formulada por aquél en su condición de usuario.

78. OMPI, "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI...", cit, pág. 5.

79. OMPI, "Versión Revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI...", cit, págs. 7 y 8.

80. En este sentido, vid. Considerando 105 RIA.

81. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., La propiedad intelectual..., cit., págs. 66 y 68.

De todo ello se deduce que son estos supuestos los que protagonizan la polémica. A tales efectos, la existencia de una contribución humana relevante en la generación de contenidos por parte de los sistemas de IA ha emergido como el criterio determinante de la protección de aquéllos por medio de la propiedad intelectual.

La "contribución humana relevante" constituye un concepto jurídico indeterminado, para cuya delimitación partiremos de tres grandes premisas. La primera de ellas consiste en la existencia de intervención humana, por mínima que sea, en el proceso de generación del contenido por el modelo de IA.

En segundo lugar, el entrenamiento del sistema resulta insuficiente para ser calificado, por sí mismo y respecto de los concretos contenidos que se generen, como una contribución humana relevante.

Entercer y último lugar, la concurrencia de una contribución humana relevante habrá de valorarse casuísticamente, según la intervención del usuario y, en concreto, en función de las características de las indicaciones ("*prompts*") y otras informaciones proporcionadas ("*inputs*") al plantear la consulta. En este sentido, debemos ofrecer un tratamiento diferenciado en función de que la actuación del usuario se limite a impartir al modelo una serie de instrucciones o, por el contrario, también suministre otros datos susceptibles de catalogarse como *inputs*.

En lo que concierne a la primera hipótesis, el abanico de indicaciones que el usuario puede dar al sistema, así como su complejidad es inabarcable⁸². En abstracto, los *prompts* tratan de describir el tema o la materia que el usuario pretende evocar. Según el caso, pueden caracterizarse por ser sencillos y concisos o, por el contrario, albergar un mayor grado de detalle; exigiendo la presencia de una amalgama de elementos en el producto resultante. Del mismo modo, puede que el usuario se limite a otorgar una primera remesa de indicaciones o que, una vez generado el contenido a partir de aquéllas, modifique las ya ofrecidas o adicione de forma sucesiva nuevas instrucciones, en un intento por perfilar el resultado y adaptarlo a su concepción⁸³.

Sea como fuere, lo cierto es que, en los sistemas de IA, que emplean ingentes cantidades de datos, los expertos en la materia siguen topándose con limitaciones trascendentes a la hora de determinar cuál es la influencia que un concreto dato o indicación suministrado al modelo tendrá sobre el contenido

82. Tal es su trascendencia y repercusión que se han acuñado las expresiones "*prompts crafting*" y "*prompts engineering*" para referirse al diseño de instrucciones dirigidas a los sistemas de IA que sean eficaces en el sentido de aproximarse en la mayor medida posible a la concepción del resultado deseada por el usuario. Al respecto, se está extendiendo la utilización de plantillas que sirven como reglas nemotécnicas. Asimismo, los sistemas de IA son capaces de mejorar los "*prompts*", corrigiendo su contenido o ampliándolo a fin de aumentar la calidad del resultado.

83. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 5 y 6.

generado. Asimismo, en ocasiones, el sistema de IA desatiende algunas de las indicaciones formuladas por el usuario e incluye elementos que exceden de lo plasmado por aquél en la petición. En esta misma línea, muchos de estos modelos poseen un componente de imprevisibilidad en sus contenidos; en la medida en que los resultados varían de una consulta a otra, aunque las indicaciones ofrecidas sean exactamente idénticas en ambas⁸⁴. En definitiva, de todas estas consideraciones se deducen las siguientes conclusiones.

De un lado, la forma de expresión de los prompts en sí misma considerada quedará protegida por medio de la propiedad intelectual; siempre y cuando constituya una obra original. En tal caso, resulta indubitado que la autoría sobre la creación corresponderá al usuario que la ha elaborado.

Del otro, el estado actual de la tecnología no permite atribuir al usuario de un sistema de IA la autoría sobre los contenidos generados por este último, cuando aquél se limita a efectuar una serie de indicaciones (*prompts*); puesto que no determinan, ni controlan la forma de expresión del producto resultante⁸⁵.

En estos casos, en los que se aprecia la ausencia de autoría humana, la exclusión de los contenidos generados por la IA del objeto de la propiedad intelectual no es sino la consecuencia lógica de la fundamentación de esta última; pues, desde su origen, ha procurado la salvaguardia y el fomento de la creatividad humana⁸⁶.

Empero, puede alcanzarse un parecer diferente, por existir una contribución humana relevante, cuando el usuario, además de proporcionar indicaciones, aporta otro tipo de información ("*inputs*") al sistema de IA para la generación del contenido, como texto, imágenes, audios o videos; al margen de la eventual protección de estos últimos per se. Pensemos, *v. gr.*, en el abogado que, además de proporcionar indicaciones al sistema de IA que emplea, también le suministra una versión preliminar del escrito que pretende presentar, sobre la base de la cual se generará el contenido final; en cuyo caso nada impide que esa versión preliminar quede protegida por la propiedad intelectual; si concurren en ella las exigencias legalmente establecidas.

Frente a las meras indicaciones, que como regla general se refieren a la concepción ideal de quien las imparte, los inputs que suministra el usuario pueden

84. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 6 y 7.

85. Esta aserción prevalece con independencia del grado de detalle de las indicaciones, y del esfuerzo invertido en su adaptación sucesiva en función de los resultados obtenidos. Queda, pues, descartada la aplicación a estos supuestos de la denominada "autoría por adopción"; en la medida en que el nacimiento de la propiedad intelectual es independiente del esfuerzo empleado en la ejecución de su objeto y en que no existen motivos para sostener que las ulteriores revisiones de las indicaciones iniciales proporcionen un mayor control sobre el contenido generado. En este sentido: UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 13 y 17 a 20.

86. En efecto, desde la perspectiva del derecho positivo, no resulta viable proteger estos contenidos por los derechos de autor, como tampoco por ninguno de los derechos afines que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Vid. OMPI, "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI...", cit, pág. 5.

constituir una forma de expresión de su personalidad. En tal caso, de estar presentes en el contenido generado por el sistema de IA, podría llegar a sostenerse la salvaguardia de aquellos elementos de la forma de expresión del output en los que se perciba con nitidez el *input*; cuya autoría correspondería al usuario. En todo caso, quedarían excluidas de la propiedad intelectual las partes del resultado que excedan de la información proporcionada por el usuario. En suma, esta cuestión ha de valorarse en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso⁸⁷.

2.5. AUTORÍA, TITULARIDAD Y ALCANCE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Examinado el nacimiento de la protección, así como las implicaciones de la utilización de la IA en esta cuestión, procede adentrarse en el estudio de los aspectos que suceden a aquél, en especial, en lo relativo a la autoría, la titularidad de los derechos y su alcance; a cuya regulación el TRLPI destina buena parte de las disposiciones que integran el Libro I. Habida cuenta de ello, y de las limitaciones de extensión inherentes al presente trabajo, lo que se pretende en las líneas que siguen es la exposición de las principales particularidades que presentan los escritos e informes elaborados por los abogados en esta materia.

2.5.1. Autoría y titularidad de los derechos

2.5.1.1. La autoría de los escritos e informes elaborados por los abogados

Según lo indicado *supra*, la propiedad intelectual sobre una obra original corresponde al autor en virtud de su creación (artículo 1 TRLPI); ostentando tal condición la persona natural o física que la crea (artículo 5.1 TRLPI). La propiedad intelectual engloba una amalgama de derechos de carácter personal y patrimonial de los que es titular originario el autor, en cuya virtud ostenta "*la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley*" (artículo 2 TRLPI). No obstante, en la medida en la que se prevé la transmisión de los derechos de explotación (artículos 42 y 43 TRLPI), la autoría y la titularidad de tales facultades pueden divergir entre sí.

De todo ello se deduce que, en lo concierne al objeto del presente trabajo, ostenta la consideración de autor el abogado que elabora el escrito o informe de que se trate. El cliente carece de esta condición, por mucho que, en el ámbito forense, los escritos se presenten en su nombre y representación; y de que proporcione los datos e informaciones fácticas relevantes para la elaboración

87. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Copyright and Artificial Intelligence..., cit, págs. 22 a 24.

de la creación. Del mismo modo, dejando a salvo la valoración casuística que requiere esta cuestión, tampoco corresponde la autoría al profesional de la abogacía que otorga indicaciones a quien elabora el escrito o informe; en la medida en que las ideas quedan excluidas del objeto de la propiedad intelectual.

Con todo, el artículo 6 TRLPI consagra la presunción *iuris tantum* de autoría de la obra en favor de quien aparezca en ella como tal, a través de su nombre, firma o signo que lo identifique. Para que opere la presunción, el indicado precepto exige (1) que el nombre, firma o signo aparezca en la obra, (2) que tenga poder de identificación y (3) que el nombrado o significado aparezca como autor⁸⁸. Pese a que en el ámbito forense los escritos que elaboran los abogados en el desempeño de su profesión son, como norma general, firmados también por los procuradores⁸⁹; ello no les permite ampararse en lo previsto en el artículo 6 TRLPI, en la medida en que no aparecen como autores de la obra, sino que suscriben el documento en su condición de representantes de la parte. Por este mismo motivo, tampoco resulta de aplicación lo dispuesto en el antedicho precepto cuando es la propia parte quien suscribe el documento; dado que lo hace en condición de representado y asistido.

Por el contrario, la presunción que consagra el artículo 6 TRLPI podría operar respecto del abogado que, sin intervenir en la elaboración de la obra, asume la asistencia letrada de la parte en el asunto de que se trate y firma el escrito como tal⁹⁰. En estos casos hemos de tener en cuenta que lo dispuesto en el artículo 6 TRLPI no expropia la condición de autor a quien elabora el escrito; sino que implica un desplazamiento de la carga probatoria en el eventual litigio a que dé lugar la autoría de la obra, que este último habrá de acreditar por los medios de prueba admitidos en Derecho.

88. CARRASCO PERERA, Á., DEL ESTAL SASTRE, R., "Artículos 5.º-7.º", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 105 y ss. (116 y 117).

89. Esta afirmación no es sino la cristalización del principio de postulación dual que rige, con carácter general, en el proceso. Véase, como manifestación prototípica de este principio, lo dispuesto en los artículos 23.1 y 31.1 LEC.

90. Esta situación acontece con frecuencia en las creaciones que se enmarcan en el mundo del periodismo, pero también en las que se elaboran en el desempeño de la abogacía.

En el seno de la propiedad intelectual se ha acuñado el término "autor fantasma" ("*ghostwriter*") para denominar al creador (autor) de una obra original que conviene con un tercero que sea este último quien figure como el autor de esa obra ante el público en general. En este sentido, véase NIETO CRUZ, A., *La autoría fantasma*, Escuela de Doctorado de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2024, págs. 16 y 17.

2.5.1.2. Titularidad y cesión de derechos

La intervención de varios abogados en el proceso creativo del informe o escrito de que se trate puede dar lugar, según las circunstancias concurrentes en cada caso y en lo que concierne a la protección del resultado global, a la existencia de una obra en colaboración (artículo 7 TRLPI) o compuesta (artículo 9.1 TRLPI); siendo la categorización de la creación una cuestión de vital importancia, pues determinará la titularidad de los derechos que sobre ella existan⁹¹. A título ilustrativo de la aplicación de estas categorías a las creaciones elaboradas por los abogados, cabe destacar que la Audiencia Provincial de Salamanca ha considerado, en su Sentencia núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, obra compuesta el escrito de demanda litigioso elaborado por el codemandado sobre la base de la versión preliminar alumbrada por la demandante, puesto que la autorización que esta última otorgó a aquél para hacer uso del escrito en la tramitación del procedimiento ordinario a que dio lugar *"implica una autorización para modificar ese texto en lo necesario dentro de esa relación más amplia de prestación de servicios de defensa letrada, encontrándonos así ante un supuesto de obra compuesta"*⁹².

Mayor problemática suscita la categorización como obra colectiva (artículo 8 TRLPI)⁹³ de las creaciones alumbradas en el ejercicio de la abogacía. En particular, porque su existencia requiere de la presencia de una persona, natural o jurídica, bajo cuya iniciativa y coordinación se cree la obra; y que la edite y divulgue bajo su nombre. En este sentido, cuando la profesión se ejerce por medio de una sociedad profesional, es cuestionable que la obra pueda considerarse editada y divulgada bajo su nombre. Piénsese, *v. gr.*, en un escrito forense, el cual deberá ir suscrito por la persona física que asuma la asistencia letrada; sin perjuicio de la correspondiente indicación a la persona jurídica por medio de la cuál ejerce la profesión.

91. La obra en colaboración consiste en *"el resultado unitario de la colaboración de varios autores, lo cual requiere una actuación al mismo nivel, sin relación jerárquica o de subordinación, colaborando dos o más autores activamente en el proceso creativo"* (Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017). Los derechos de propiedad intelectual sobre esta creación corresponderán a todos los autores en la proporción que ellos determinen.

Por su parte, la obra compuesta es *"una obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que correspondan a éste y de su necesaria autorización"* (artículo 9.1 TRLPI). Así las cosas, *"(l)a obra compuesta implica por tanto una transformación de una obra preexistente (art. 21 TRLPI) que debe contar con la autorización del autor o titular de derechos sobre ésta, dando lugar a una obra derivada (art. 11 TRLPI) resultante del proceso de transformación o modificación, sobre la cual compartirán derechos tanto el autor de la obra transformada como el autor de la obra resultante de la transformación u obra derivada"* (Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017).

92. Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP Salamanca núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017.

93. Según lo dispuesto en el indicado precepto *"(s)e considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada"*. Los derechos sobre esta obra pertenecerán, salvo pacto en contrario, a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

En otro orden de ideas, tal y como se ha indicado supra, las facultades patrimoniales que forman parte de la propiedad intelectual sobre una obra son susceptibles de cesión. Con carácter general la cesión habrá de ser expresa y formalizarse por escrito (artículo 45 TRLPI). Esta regla regirá la relación de arrendamiento de servicios común (ajena al ámbito laboral) que exista entre el abogado y la persona a quien asesore, aconseje o defienda. Así las cosas, en defecto de cesión efectuada por escrito, el abogado conservará los derechos de explotación en su integridad.

Cosa distinta es el dominio sobre el soporte material en el que se expresa la obra; que no otorga, por sí mismo, derecho de explotación alguno sobre esta última. Esta cuestión entronca con la obligación que, bajo determinadas circunstancias, tiene el abogado de entregar la documentación relativa a un asunto y, entre ella, los escritos que haya elaborado, a otra persona. Así ocurre cuando, en los procedimientos judiciales o administrativos, el cliente requiere al profesional para que le entregue copia de los escritos presentados y recibidos (artículo 48.5 EGAE). Asimismo, en el marco de una sustitución entre profesionales, el abogado sustituido habrá de poner a disposición del compañero sustituto la documentación relacionada con el asunto que tenga en su poder; así como suministrarle los datos e informaciones precisos (artículo 60.2 EGAE). Respecto de este último caso, la Audiencia Provincial de Salamanca, en el Fundamento de Derecho Séptimo de su ya citada Sentencia núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017, razona que *"si un abogado quisiera utilizar el trabajo realizado por otro anteriormente (...) debería solicitar autorización (licencia). Otra cosa es que esa licencia se entienda concedida implícitamente si se concede la venia y se pone a disposición del nuevo abogado toda la documentación manejada, incluyendo escritos de demanda, contestación u otros escritos forenses"*.

Retomando el estudio de la cesión, cabe señalar que el artículo 51.2 TRLPI consagra una excepción a la regla general de formalización de la cesión prevista en el artículo 45 del mismo texto legal. En virtud de aquel precepto se presume, en defecto de acuerdo escrito, que los derechos de propiedad intelectual existentes sobre la obra elaborada en virtud de una relación laboral⁹⁴ *"han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada (...)"*. En lo que nos ocupa, lo dispuesto en este artículo se aplicará, en ausencia de pacto escrito y en las condiciones previstas en sus restantes apartados, a los escritos e informes forenses que el abogado elabore en virtud de una relación laboral común, en tanto que *"abogado de empresa"*, o especial, en el marco del Real

94. Esta previsión opera en el plano objetivo, relativo a las obras creadas según las instrucciones del empleador o en el desempeño de las funciones encomendadas al trabajador. En este sentido: RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Artículo 51", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 939 y ss. (941 y 942).

Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos⁹⁵.

2.5.2. Alcance de los derechos de propiedad intelectual

2.5.2.1. La información sobre la actualidad y otros límites inherentes a la profesión

Los derechos que integran la propiedad intelectual, y cuya titularidad ha sido estudiada en el apartado inmediatamente precedente, no son absolutos; sino que están sometidos a las limitaciones previstas legalmente (artículo 2 *in fine* TRLPI).

En lo que al objeto del presente trabajo concierne, el artículo 33.2 TRLPI prevé un límite que opera en relación con los informes declamados ante los tribunales. En su virtud, las indicadas creaciones, así como las conferencias, alocuciones y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, podrán ser reproducidas, distribuidas y comunicadas exclusivamente con el propósito de informar sobre la actualidad⁹⁶. En todo caso, el autor conserva el derecho de publicación en colección de tales creaciones.

El fundamento de esta restricción mana de la libertad de información consagrada en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española (CE, en adelante)⁹⁷ y su finalidad consiste en garantizar que se informe sobre la actualidad. Por su parte, su objeto se circunscribe a las obras literarias orales que se hayan pronunciado en público, esto es, en un lugar al que el público en general pueda acceder potencialmente. Por consiguiente, su aplicación semeja incompatible con aquellos supuestos en los que el informe declamado ante el tribunal se enmarca en unas actuaciones cuya publicidad ha sido limitada; en la medida en que esta última restricción responde a la salvaguardia de otros derechos que se consideran primordiales en tales casos⁹⁸. Asimismo, en lo que al objeto se refiere, la limitación afecta a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública existentes sobre la creación⁹⁹.

95. BOE núm. 276, de 18/11/2006.

96. A tenor de lo dispuesto en el indicado precepto, esta finalidad no se exige cuando se trata de discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas.

97. BOE núm. 311, de 29/12/1978.

98. Vid. Artículo 232.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02/07/1985); LOPJ en adelante. Asimismo, frente a la publicidad que, por regla general, caracteriza la fase de juicio oral en el proceso penal, véanse los límites establecidos en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE núm. 103, de 30/04/1977, págs. 9337 a 9343) y 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE núm. 243, de 10/10/1979, págs. 23564 a 23570), adoptadas en garantía del orden público, la seguridad nacional, los intereses de los menores o de la vida privada de las partes en el proceso; entre otras.

99. NAVAS NAVARRO, SUSANA, "Artículo 33. Trabajos sobre temas de actualidad", en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 2009, págs. 264 y ss. (271 y 272).

Por lo demás, esta restricción ha de entenderse en beneficio de los medios de comunicación social, pues son quienes cumplen con la finalidad informativa que subyace a aquélla; finalidad que determinará en qué medida será necesario el ejercicio de las facultades que consagra el artículo 33.2 TRLPI, siendo así que, en principio, podría abarcar la reproducción íntegra de la obra siempre que fuese imprescindible a tal fin¹⁰⁰.

En otro orden de ideas, tal y como expone CADARSO PALAU¹⁰¹, existen determinados aspectos inherentes al ejercicio de la profesión de la abogacía que ponen coto a ciertos derechos de explotación y, en particular, a la divulgación y publicación de las obras originales elaboradas en su seno. Tales limitaciones pueden provenir de la salvaguardia de los derechos de la personalidad de las partes litigantes y, muy especialmente, de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar¹⁰². Del mismo, también pueden emanar de las obligaciones de reserva y confidencialidad que impone el derecho y el deber del secreto profesional del abogado; consagrado en los artículos 542.3 LOPJ y 21.1 LOPJ, entre otros preceptos.

2.5.2.2. El límite de la cita y su aplicación en el ámbito forense

Cabe finalizar esta exposición aludiendo a la frontera, en ocasiones borrosa, entre la cita y el plagio. El artículo 32.1 TRLPI proclama la licitud de "la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual (...) siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico". De este modo, sólo se permite hacer uso de tales obras en la medida en que esa utilización esté justificada por fines docentes o de investigación, y siempre incluyendo la referencia a la fuente y el nombre del autor de la creación.

No obstante, tal y como se expone en el apartado 28 del Fundamento de Derecho Cuarto de la SAPV núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024, *"la jurisprudencia de la Sala Primera ha advertido que en ningún caso resulta amparada por el derecho de cita la reproducción de una obra original cuando esta no se incorpora a la obra subsiguiente para satisfacer una finalidad de análisis, comentario o crítica, sino para su comunicación, lo que sucede de manera evidente cuando la reproducción cuestionada es muy extensa o íntegra (vid. STS, 1ª, núm. 724/2023, de 16 de mayo de 2023, ponente Ignacio Sancho Gargallo)"*¹⁰³.

100. LÓPEZ MAZA, S., "Artículo 31 bis-33", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 601 y ss. (686 y 687).

101. CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", cit., pág. 79.

102. En este sentido, el apartado cuarto del artículo séptimo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14/05/1982) otorga el carácter de intromisión ilegítima a "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

103. Véase, respecto del supuesto de hecho que motiva el pronunciamiento, lo dispuesto en el apartado 30 de su Fundamento de Derecho Cuarto: "(p)ues bien, en el presente caso sucede que, por un lado, no resulta

En el ámbito forense, las resoluciones judiciales incluyen, con frecuencia, fragmentos de los escritos presentados por las partes. En este sentido, aunque las resoluciones de los órganos jurisdiccionales están excluidas del objeto de la propiedad intelectual (artículo 13 TRLPI), nada obsta para que aquella inclusión comporte la vulneración de los derechos existentes sobre los escritos elaborados por los abogados. Piénsese en el supuesto en el que una sentencia incluye una cita muy extensa del escrito presentado por el letrado de alguna de las partes o que, aun siendo breve, no indica la fuente. En ambos casos, la cita no queda amparada por el límite previsto en el artículo 32.1 TRLPI.

amparado por el derecho de cita un acto de explotación como el cuestionado y que consiste en la reproducción parcial, pero extensa, de la obra de doña Lourdes por parte de doña María, sin ninguna finalidad crítica distinta de la de alcanzar el resultado final de una obra compleja mediante un uso no autorizado por la primera".

3. CONCLUSIONES

I. Los escritos e informes elaborados por los abogados en el ejercicio de la profesión forman parte del objeto de la propiedad intelectual, siempre y cuando constituyan creaciones literarias o científicas expresadas por cualquier medio o soporte. En particular, podrán, según las circunstancias concurrentes en cada caso, quedar subsumidas en las nociones de "escrito" e "informe forense" que contempla expresamente el artículo 10.1.a) TRLPI.

II. La originalidad de las creaciones a las que hace referencia la conclusión precedente habrá de valorarse casuísticamente y según el concepto de marcado carácter subjetivo desarrollado por el Tribunal de Justicia.

III. La utilización de sistemas de IA en la elaboración de los escritos e informes por parte de los abogados puede constituir un obstáculo al nacimiento de la propiedad intelectual sobre tales creaciones. Quedan al margen de esta afirmación los supuestos en los que el modelo de IA se utiliza como una mera herramienta. Por el contrario, los escritos e informes que consistan en el contenido generado por la IA quedan excluidos, en principio, de la protección que brinda la propiedad intelectual, por carecer de autoría humana, a excepción de aquellos supuestos en los que el abogado, en tanto que usuario del sistema, haya efectuado una contribución relevante en cuanto a los prompts e inputs proporcionados.

IV. Nacida la protección, la condición de autor de la obra corresponde al abogado que ha elaborado el escrito o informe de que se trate. Cuando en el proceso creativo han participado varias personas, la categorización de la obra (en colaboración, compuesta, colectiva...) determinará la titularidad de los derechos. En todo caso, las facultades patrimoniales que integran la propiedad intelectual son susceptibles de cesión que, con carácter general, habrá de efectuarse por escrito. No obstante, cuando el autor es un trabajador que elabora la obra en virtud de una relación laboral, opera, en favor de su empleador y salvo pacto en contrario, la excepción prevista en el artículo 51.2 TRLPI.

V. Los derechos que integran la propiedad intelectual sobre los escritos e informes elaborados por los abogados están sujetos a las limitaciones establecidas por la ley y, en especial, las relacionadas con la cita (artículo 32.1 TRLPI) y con la información sobre la actualidad (artículo 33.2 TRLPI); así como a algunas otras dimanantes de la profesión.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. OBRAS DOCTRINALES

ALMONACID LAMELAS, I., "¿Puede una máquina redactar un escrito jurídico? Si y no...", *EsPublicoBlog*, 25/04/2025, <https://www.administracionpublica.com/puede-una-maquina-redactar-un-escrito-juridico-si-y-no/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 10.1.a)-h)", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 159 y ss.

CADARSO PALAU, J., "Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual", *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 35, septiembre-diciembre 2003, págs. 73 y ss.

CARRASCO PERERA, Á., DEL ESTAL SASTRE, R., "Artículos 5.º-7.º", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 105 y ss.

COMISIÓN EUROPEA, "Legislación de la UE en materia de derechos de autor", *Web oficial de la Unión Europea*, 15/11/2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/copyright-legislation> (consultada por última vez el 03/07/2025).

DELGADO MARTÍN, J., "Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia", *diariolaley*, 05/09/2024 <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/09/16/notas-sobre-el-uso-de-la-ia-generativa-por-profesionales-del-sistema-de-justicia> (consultada por última vez el 09/07/2025).

FERNÁNDEZ ALONSO, P., "Abogacía del siglo XXI: Internet, Metaverso e Inteligencia Artificial en el ámbito penal", en ARROYO ABAD, C. y SALVADOR GARCÍA, M. (Coords.), *Inteligencia Artificial y Derecho: Desafíos Éticos, Laborales y Judiciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, págs. 42 y ss.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., *La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021

GOTZEN, F., «Los "conceptos autónomos" en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos de autor», en CÁMARA ÁGUILA, M. P., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (Coords.), *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 27 y ss.

IRAZABAL, E., "La Inteligencia Artificial ya es inevitable para la profesión jurídica", *Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías* (Consejo General de la Abogacía Española), 06/03/2023, <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-inteligencia-artificial-ya-es-inevitable-para-la-profesion-juridica/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

JIMÉNEZ, I., "La revolución de la IA en la Abogacía", *Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías* (Consejo General de la Abogacía Española), 16/05/2024, <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-revolucion-de-la-ia-en-la-abogacia/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

LÓPEZ MAZA, S., "Artículo 31 bis-33", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017.

LOZANO, I., "La IA que ya está revolucionando la abogacía: las claves para no quedarte atrás", *Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid* (ICAM), 14/11/2024, <https://web.icam.es/la-ia-que-ya-esta-revolucionando-la-abogacia-las-claves-para-no-quedarte-atras/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., MINERO ALEJANDRE, G., "Artículo 12", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 212 y ss. (214).

MORELL, J., "La IA generativa legal necesita mejorar", *Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías* (Consejo General de la Abogacía Española), 11/06/2024, <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/la-ia-generativa-legal-necesita-mejorar/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

NAVAS NAVARRO, SUSANA, "Artículo 33. Trabajos sobre temas de actualidad", en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 2009, págs. 264 y ss.

NIETO CRUZ, A., *La autoría fantasma*, Escuela de Doctorado de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2024.

OMPI , "Borrador del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1), *Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA)*, Segunda Sesión, 13/12/2019.

OMPI, "Versión Revisada del Documento Temático sobre las Políticas de PI y la Inteligencia Artificial" (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 REV), *Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (PI) e inteligencia artificial (IA)*, Segunda Sesión, 21/05/2020.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Artículo 51", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.

(Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 939 y ss.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *Copyright and Artificial Intelligence*, Part 2: Copyrightability, enero de 2025.

4.2. PÁGINAS WEB

<https://dle.rae.es/escrito> (consultada por última vez el 03/07/2025).

<https://dle.rae.es/algorithm> (consultada por última vez 09/07/2025).

<https://prime.tirant.com/es/actualidad-prime/inteligencia-artificial-juridica-mejores-herramientas/> (consultada por última vez el 09/07/2025).

4.3. JURISPRUDENCIA

4.3.1. Tribunal de Justicia

Sentencia de 16 de junio de 2009, *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465.

Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *BSA*, C-393/09, EU:C:2010:816.

Sentencia de 4 de octubre de 2011, *Premier League*, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631.

Sentencia de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798.

Sentencia de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco*, C-604/10, EU:C:2012:115.

Sentencia de 2 de mayo de 2012, *SAS*, C-406/10, EU:C:2012:259.

Sentencia de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899.

Sentencia de 12 de septiembre de 2019, *Cofemel*, C-683/17; EU:C:2019:721.

Sentencia de 11 de junio de 2020, *Brompton*, C-833/18, EU:C:2020:461.

4.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:508).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 429/2002, de 13 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3347).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 542/2004, de 24 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4443).

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 253/2017, de 26 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1644).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 20/2020, de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:55).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 82/2021, de 16 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:497).

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal) núm. 2/2024, de 4 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TSJNA:2024:38A).

4.3.3. Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 107/2017, de 2 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APSA:2017:170).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) núm. 3/2024, de 9 de enero de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:1).

4.3.4. Juzgados de lo Mercantil

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7, núm. 116/2024, de 06/09/2024 (ECLI:ES:JMM:2024:102).



Entre la edad y la madurez: revisión crítica de la responsabilidad penal de menores de edad como autores de delitos graves en España.

FERNANDA PUENTE CÓRDOVA

UNIVERSITAT POMPEU FABRA



Fernanda Puente Córdova

¡Universitat Pompeu Fabra



Segundo premio

XIII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2025

Resumen

El presente estudio pretende abordar la urgente necesidad de revisar el ordenamiento de responsabilidad penal de los menores en España, teniendo en cuenta el incremento de la violencia juvenil, lo que ha generado creciente preocupación social por la eficacia del sistema judicial para estos casos. Si bien el paradigma de protección integral del menor se establece con base en la Convención sobre los Derechos del Niño, que representa un avance jurídico indiscutible y su aplicación no puede convertirse en una garantía incondicionada frente a delitos graves. Esto conlleva a repensar el equilibrio entre protección, prevención y "sanción", siendo mi objetivo presentar una propuesta de flexibilidad en relación con la edad penal mínima y los criterios de imputabilidad aplicables a menores infractores.

De forma que, desde una perspectiva legítima, científicamente fundamentada y comprometida éticamente, este estudio, busca analizar críticamente el sistema actual de responsabilidad penal de menores de edad actual, y proponer una reforma que integre el criterio de discernimiento mental como eje determinante de la imputabilidad, estudiando así la evolución legislativa, los fundamentos constitucionales y los derechos humanos aplicables.

Asimismo, se formula una propuesta legislativa que contemple una revisión del umbral de edad penal mínima y la incorporación de evaluaciones periciales obligatorias, con el fin de avanzar a un sistema eficaz y ajustado a la realidad psicosocial de los menores implicados en delitos graves.

Palabras clave: responsabilidad penal, menores, evolución, interés superior, discernimiento mental, flexibilidad, propuesta legislativa.

Listado de abreviaturas

CP

Código Penal

LORPM

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores

LOPJM

Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor

LOPVI

Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

AEP

La Asociación Española de Pediatría

Fundación ANAR

Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo

DGAIA

Dirección General de Atención a la Infancia y adolescencia

OCDE

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Sumario

INTRODUCCIÓN	49
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN ESPAÑA (2000–2025)	50
1.1 Antecedentes normativos: Código Penal anterior a 2000	50
1.2 La Ley Orgánica 5/2000 y su impacto	51
1.3 Medidas de protección infantil: Derechos humanos del menor infractor y de la víctima	52
2. EDAD E IMPUTABILIDAD PENAL: MARCO JURÍDICO Y PSICOLÓGICO	55
2.1 Análisis de la edad penal mínima	55
2.2 La noción de discernimiento mental y su relevancia jurídica	56
3. EVOLUCIÓN PSICOLÓGICA DEL MENOR INFRACTOR (2000–2025)	58
3.1 Influencia de factores sociales y tecnológicos: salud mental y conductas disruptivas en menores	58
3.2 Redes sociales, videojuegos, música, cine y sus efectos conductuales	61
4. CASOS RELEVANTES Y ANÁLISIS PRÁCTICO	64
4.1 Casos reales de menores infractores como autores de delitos graves	64
4.2 Reincidencia, impacto legal, mediático y social	67
4.3 Eficacia del sistema penal juvenil: opiniones doctrinales	68
5. REEDUCACIÓN, PELIGROSIDAD Y PROPUESTA DE REFORMA	70
5.1 Reinserción vs. medidas punitivas	70
5.2 Derecho comparado: Alemania, Francia, Países Bajos e Italia	71
5.3 Propuesta: imputabilidad condicionada al discernimiento mental	73
CONCLUSIÓN	76
BIBLIOGRAFIA	77
LEGISLACIÓN	79
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	80
JURISPRUDENCIA	81

Entre la edad y la madurez: revisión crítica de la responsabilidad penal de menores de edad como autores de delitos graves en España Fernanda Marisol Puente Córdoba

INTRODUCCIÓN

Mediante el presente estudio pretendo abordar el incremento de delitos graves cometidos por menores infractores en las últimas décadas, siendo que ha generado un intenso debate jurídico, político y social en torno a la responsabilidad penal de los menores de edad, teniendo en cuenta a su vez la digitalización precoz, los cambios en los modelos familiares y el deterioro de la salud mental de los menores infractores. En este sentido, se presenta el enfrentamiento de la disyuntiva compleja siendo la necesidad de garantizar la protección integral de la infancia sin obviar la peligrosidad real de los comportamientos delictivos protagonizados por los menores infractores, de forma que llamo a cuestionar los fundamentos normativos de nuestro ordenamiento jurídico considerando que se encuentra anclado en un criterio cronológico rígido, presumiendo la inimputabilidad de los menores de 14 años y las medidas de la responsabilidad penal de 14 a 18 años.

Parto desde una preocupación legítima ya que la responsabilidad penal de los menores de edad se basa exclusivamente en la edad biológica como umbral de imputabilidad, siendo que no refleja las diferencias reales en el desarrollo cognitivo y emocional de los menores infractores, de forma que, este desequilibrio puede conllevar a respuestas disfuncionales pudiendo ser excesivamente benignas frente a conductas gravísimas, o pudiendo ser desconectadas de la finalidad educativa que inspira la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Por consiguiente, a través de un análisis crítico de nuestro ordenamiento jurídico y en base a un derecho comparado con otros países se busca argumentar la posibilidad de transitar hacia un modelo más flexible y ajustado a la realidad psicosocial de los menores infractores, de forma que se estudia el criterio de discernimiento mental siendo la capacidad individual para comprender la ilicitud del hecho típico, independientemente de la edad cronológica ya que no refleja necesariamente el grado real de discernimiento o peligrosidad del menor infractor.

En este sentido, el presente estudio pretende contribuir a un debate de actualidad mediante argumentos jurídicos y psicológicos, proponiendo una revisión legislativa, intentando buscar un equilibrio real entre el interés superior del menor, la seguridad colectiva y la protección de las víctimas, lo cual da a repensar las categorías tradicionales de la imputabilidad penal desde una perspectiva más flexible y fundamentada.

I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN ESPAÑA (2000–2025)

En este primer capítulo se pone de relieve la solidez de nuestro ordenamiento jurídico, y, a su vez quiero hacer referencia a los vacíos funcionales en contextos de criminalidad grave.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores, el tratamiento penal de los menores infractores se encontraba regulado por disposiciones fragmentarias objeto de constante debate, dado que presentaba una escasa especialización procesal. En este sentido, su entrada en vigor supuso un cambio estructural con un enfoque educativo y restaurativo, adaptándolo a las características psicosociales de los menores infractores.

En este sentido, a lo largo de la vida de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores se han presentado diversas reformas, siendo las más relevantes las introducidas por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, donde se ha perfilado el contenido y han aumentado las garantías procesales, manteniendo el criterio de edad cronológica para la imposición de medidas y así como para determinar la inimputabilidad del menor infractor.

1.1 Antecedentes normativos: Código Penal anterior a 2000

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, "LORPM"), los Tribunales de Menores o Tribunales Tutelares eran quienes actuaban con fines protectores, así como de reforma juvenil, sin garantías procesales, en este sentido, los menores estaban sujetos a un modelo tutelar desde el año 1948. En consecuencia y conforme a lo establecido en la STC 36/1991, 14 de febrero¹, se procedió a la

1. STC 36/1991, 14 de febrero. FJ 6.

"(...) Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 LTTM, en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el

aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento en los Juzgados de Menores, mediante la cual se introdujeron garantías procesales en los procedimientos de menores.

Cabe resaltar que la reforma otorgó al Ministerio Fiscal un papel central en el proceso, encargándole no solo la dirección de la investigación, sino también la protección de los derechos del menor y la iniciativa procesal, y se estableció un nuevo umbral de edad, excluyendo de responsabilidad penal a los menores de 12 años, quienes no podían ser sometidos a ningún procedimiento judicial.

Finalmente, el Código Penal de 1995 (en adelante, "CP") consolidó que los menores de 18 años no serán penados mediante el presente ordenamiento penal, sino conforme con la LORPM, que a su vez fijó la edad mínima de responsabilidad penal, pasando de ser 12 a 14 años, de forma que, en la actualidad, los menores de 14 años son inimputables penalmente recibiendo medidas de protección y no sanciones penales.

1.2 La Ley Orgánica 5/2000 y su impacto

Con la entrada en vigor de la LORPM se intentó establecer un punto de inflexión hacia un modelo restaurativo y educativo, adaptado a las características psicosociales de los menores infractores. En este sentido, se estableció un régimen especial para los menores, con un proceso penal juvenil separado, mediante la dirección de la investigación a cargo del Ministerio Fiscal.

Por consiguiente, la separación se enmarca en concretamente dos tramos a tenor de los artículos 9 y 10 de la LORPM (para delitos graves como homicidio y asesinato, realizándose la tipificación mediante los artículos 138 y 139 del CP):

- i. 14 a 15 años, si un menor de este rango de edad comete un delito como los antes establecidos, tras la reforma del 2006 de la LORPM, la medida de internamiento en régimen cerrado será como máximo de 1 a 5 años, más hasta 3 años de libertad vigilada.
- ii. 16 a 17 años, si un menor de este rango de edad comete un delito grave como los antes establecidos, tras la reforma del 2006 de la LORPM, el juez debe imponer internamiento en régimen cerrado de 1 a 8 años, más hasta 5 años de libertad vigilada al salir, pudiendo poner como ejemplo que en caso de un delito con resultado de muerte y alevosía cometido por un menor de 17 años podría conllevar a una medida de internamiento en régimen cerrado de

vacío producido. Afortunadamente el mencionado art. 40.2 b) de la CDN y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el art. 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia, en el proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea"

8 años más los 5 años de libertad vigilada, siendo que estas medidas se pueden prorrogar hasta que el menor cumpla 21 años como máximo, según lo establecido en el artículo 14 de la LORPM, pudiendo hacer referencia al caso de Sandra Palo (17 de mayo, 2003), donde los menores condenados por violación y asesinato cumplieron medida de internamiento de 4 a 8 años.

Cabe decir que, las medidas antes establecidas son sustancialmente más benignas que las penas para adultos tipificadas en el CP, siendo que a su vez el internamiento se ejecuta en centros específicos para menores, con personal técnico especializado. Asimismo, al concurrir casos como el antes establecido (Sandra Palo), se abre el debate con el fin de endurecer las consecuencias para menores violentos, sin embargo, la ley se ha mantenido en el enfoque rehabilitador, previendo asistencia psicológica y educativa, teniendo en cuenta la "inmadurez" de los adolescentes incluso en este tipo de delitos.

Por otro lado, se establece el régimen de inimputabilidad de menores de 14 años, siendo un umbral de inimputabilidad absoluta, teniendo como premisa de que el desarrollo madurativo del niño no le permite comprender la ilicitud de sus actos, esto quiere decir que si un menor de 13 años o menos comete un delito grave no se le puede incoar causa penal. En este sentido, el criterio ha sido respaldado mediante la doctrina jurídica internacional en términos generales, y, asimismo, se encuentra en constante debate en delitos de especial gravedad, ya que nos debemos remitir a las entidades de protección, adoptando medidas asistenciales, educativas o terapéuticas, que desde un punto de vista garantista podría considerarse adecuado. No obstante, genera una sensación de impunidad suponiendo inseguridad jurídica.

1.3 Medidas de protección infantil: Derechos humanos del menor infractor y de la víctima

El enjuiciamiento penal de menores se realiza mediante un equilibrio entre los intereses y derechos humanos, debiendo hacer referencia a estándares internacionales, en especial los derechos humanos del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en las Naciones Unidas en 1989, siendo ratificada por España en 1990, ya que se le constituye como el principal instrumento internacional en materia de derechos de la infancia, marcando un hito en el tratamiento legal de menores infractores, ya que reconoce su dignidad y necesidad de reinserción.

En este sentido, la Convención establece que los Estados deben adoptar un sistema especializado por los menores infractores, donde se prohíbe la tortura y penas crueles a menores, a tenor literal del artículo 37 de la Convención.

"Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles,

inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad"

Lo antes expuesto ha influenciado en nuestro ordenamiento, al descartar castigos irreversibles para los menores infractores, sin perjuicio de la gravedad de sus delitos. Asimismo, el artículo 40 de la Convención, reconoce el derecho del menor infractor a ser tratado conforme su edad, haciendo referencia a la reintegración del menor, estableciendo garantías procesales.

Por consiguiente, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, "LOPJM"), reconoce los derechos fundamentales de los menores, siendo inspirada bajo el marco jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que la ley ha reconocido la vulnerabilidad y necesidad de cuidados específicos por parte de la familia, el Estado y la sociedad, siendo a su vez objeto de modificaciones sustanciales mediante la Ley Orgánica 8/2015, donde reforzó la consideración del interés superior del menor como principio rector de toda actuación administrativa y judicial, estableciendo a su vez medidas de detección y corrección de situaciones de desamparo social.

Cabe decir que, en el ámbito penal la LOPJM no influye directamente, ya que reconoce el deber de las Administraciones Públicas de garantizar la integración social y protección de los menores no haciendo distinción entre los menores infractores, por lo que, es una base civil complementaria al tratamiento penal, siendo posteriormente consolidada por la LORPM.

Asimismo, la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, "LOPVI"), ha reforzado el enfoque preventivo, por lo que establece protocolos obligatorios para la detección precoz de conductas violentas, siendo medidas de las entidades educativas, sanitarias y sociales.

Conforme lo antes expuesto, hay que hacer referencia a los derechos humanos de las víctimas menores de edad, considerando que, desde una perspectiva crítica, el ordenamiento jurídico español se ha centrado en la defensa y protección de los derechos de los menores infractores, dejando de lado a la víctima (sea adulta o menor, siendo que posee el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no desaparece por el hecho de que el agresor sea menor de edad), por lo que, es importante dar voz y asistencia también a los menores que han sido víctimas de estos delitos, incluso si el victimario es otro menor, ya que si bien se protegen los derechos procesales del menor infractor, también hay que proteger los derechos de la familia de la víctima menor de edad otorgando información, participación y reparación, siendo que el interés superior del menor agresor no debe anular el derecho a la justicia de la víctima menor, considerando que el interés superior del menor, principio consagrado en el

artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no hace distinción entre víctima o agresor, de forma que lograr el equilibrio entre los derechos del menor infractor y de la víctima es un desafío permanente, ya que no se trata de confrontarlos, sino de armonizarlos.

2. EDADE IMPUTABILIDAD PENAL: MARCO JURÍDICO Y PSICOLÓGICO

Nuestro ordenamiento ha establecido la edad mínima para ser considerado responsable penalmente mediante un régimen exclusivamente cronológico, estableciendo que solo podrán ser enjuiciados aquellos menores que tengan más de 14 años al momento de cometer el hecho delictivo, este umbral objetivo evita someter al menor a valoraciones individuales de madurez psicológica, ya que considera la presunción de un insuficiente discernimiento para comprender plenamente la ilicitud de sus actos.

Cabe señalar que se ha mantenido la valoración individual únicamente cuando los menores infractores se encuentran por debajo del umbral de edad para ser considerados imputables penalmente. En este sentido, el legislador adopta un criterio biológico-objetivo, con un enfoque diferenciado respecto al sistema punitivo aplicable a los adultos, y reconociendo su flexibilidad mediante la adopción de la respuesta penal a las características evolutivas de los menores infractores que tienen la edad mínima establecida en la LORPM.

2.1 Análisis de la edad penal mínima

Como ya se ha mencionado, en España la edad mínima para que un menor pueda ser considerado penalmente responsable es de 14 años., siendo un criterio cronológico, ya que se presume una falta de madurez suficiente para comprender plenamente el alcance ilícito de los actos propios lo que implica la exclusión del menor infractor de la culpabilidad penal. En este sentido, el CP ha fijado la mayoría de edad en los 18 años, a tenor de lo previsto en el artículo 19 del texto legal, donde se remite a su vez a la LORPM con el fin de un proceso especial para los menores infractores.

Partiendo de esta premisa cronológica, puede afirmarse que nuestro ordenamiento jurídico mantiene el régimen punitivo sobre la base de un criterio biológico-objetivo en lugar de uno psicológico individual. En este sentido, el establecimiento de una edad mínima obedece a la idea de que las infracciones que han cometido los menores carecen en general de relevancia penal y en los supuestos graves se ha considerado que se puede afrontar mediante el ámbito familiar o asistencial (como lo antes dicho sobre la protección de menores), sin necesidad de recurrir a un sistema sancionador. Cabe decir que, este modelo implica evitar la evaluación del discernimiento individual en cada proceso, dado que no se valora la capacidad real de comprensión del hecho delictivo por parte del menor infractor en el momento de imponer la medida.

Por consiguiente, en el derecho comparado, la mayoría de los ordenamientos convergen en un umbral similar, con ciertas variaciones, fijando un umbral entre 12 a 14 años, si bien hay países que establecen una edad mínima de 10 años como es el caso de Inglaterra y Gales, aunque este umbral ha sido objeto de críticas, dado que las tendencias internacionales en derechos humanos abogan por no fijar edades excesivamente tempranas.

En este sentido mediante la LORPM España ha fijado su edad mínima a 14 años ipso iure, donde sólo se permite enjuiciar penalmente a los menores infractores que tengan al menos 14 años al momento del hecho delictivo, por consiguiente, en caso de que los menores se encuentren por debajo de dicha edad, no existe imputabilidad penal alguna ipso iure, considerando de forma general una falta de discernimiento suficiente sin un previo estudio psicológico al menor.

2.2 La noción de discernimiento mental y su relevancia jurídica

El concepto de discernimiento mental, ya mencionado previamente, alude a la capacidad de la persona para comprender el carácter ilícito de su conducta y adecuar su comportamiento a dicha comprensión. En consecuencia, la aptitud cognitivo-volitiva constituye un presupuesto esencial para la imputabilidad penal en el caso de los menores de edad. Solo quien posee suficiente discernimiento y voluntad para cometer el hecho típico puede ser declarado penalmente culpable del mismo.

En este sentido, debe tenerse en cuenta el factor psicológico evolutivo del discernimiento en el menor, el cual se desarrolla durante la niñez y la adolescencia de forma altamente individual y variable. El proceso de maduración cognitiva es continuo, pero no todos los seres humanos lo experimentamos de igual manera ni al mismo ritmo.

Sin embargo, el legislador ha optado por fijar la edad mínima como un indicador sustitutivo de la probabilidad de que exista o no discernimiento. Así, nuestro ordenamiento reconoce una inmadurez relativa. Doctrinalmente, se ha debatido si cabe hablar de una imputabilidad disminuida o atenuada en los menores. Una parte de la doctrina entiende que la responsabilidad penal juvenil es *sui generis*, manteniendo una diferencia cualitativa respecto de los adultos, al considerar que la inmadurez del menor debe influir en la determinación del grado de culpabilidad exigible. Por otro lado, otra parte de la doctrina ha postulado la imputabilidad absoluta a partir de los 14 años, donde el menor infractor sería responsable en sentido estricto. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional se pronunció a favor un régimen legal específico y diferenciado del régimen penal de adultos, donde no se exime de responsabilidad a los menores, sino que se adapta a un tratamiento punitivo específico.

Cabe señalar que nuestro sistema jurídico adopta la noción de discernimiento mental en ciertas situaciones, siempre que la edad del menor infractor sea entre los 14 a 17 años, he incluso prevé la aplicación de la LORPM a adultos de entre 18 a 21 años, atendiendo a su madurez, según lo dispuesto en el artículo 69 del CP y en relación con la exposición de motivos décima de la LORPM.

“La aplicación de la presente Ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, prevista en el artículo 69 del Código Penal vigente, podrá ser acordada por el Juez atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos. Estas personas reciben, a los efectos de esta Ley, la denominación genérica de “jóvenes”.

En este sentido, se mantiene una cierta “flexibilidad” para modular de la intervención en función de la madurez real del infractor, valorándose las circunstancias personales y evolutivas del menor infractor, a tenor de lo previsto en el artículo 7.3 de la LORPM con el fin de ajustar el contenido educativo al nivel de discernimiento individual de cada menor.

3. EVOLUCIÓN PSICOLÓGICA DEL MENOR INFRACTOR (2000–2025)

Desde la entrada en vigor de la LORPM hasta la actualidad, hemos vivido una transformación radical en la era digital. Frente a esta realidad, el legislador no puede permanecer ajeno. Si bien se han introducido reformas a la LORPM, seguimos acomodando procedimientos y sanciones sin profundizar en el estudio psicológico y cognitivo de los menores infractores, sean estos imputables o inimputables. No se tiene en cuenta que son sujetos en pleno desarrollo emocional, lo que ha provocado que en numerosos procedimientos la edad biológica pese más que el grado real de madurez del menor infractor. En consecuencia, se imponen medidas sin analizar en profundidad las causas reales de la conducta.

Desde mi perspectiva, sostengo que la valoración del discernimiento del menor debe constituir el eje central de todo procedimiento judicial. No se trata de eximir de responsabilidad, sino de adoptar un enfoque que combine medidas y rehabilitación, evaluando factores como la exposición temprana a contenidos violentos, la carencia de supervisión digital y el impacto del ocio infantil cada vez más sedentario. Solo así podremos orientar las medidas hacia una verdadera protección integral del menor, garantizando la eficacia de la medida impuesta.

En definitiva, el avance de la justicia debe ser equilibrado, colocando el interés superior del menor al mismo nivel que la seguridad colectiva. Es necesario reconocer que la era digital, junto con la mente en desarrollo de la infancia y la adolescencia, exigen respuestas más adaptadas a su realidad tecnológica y emocional.

3.1 Influencia de factores sociales y tecnológicos: salud mental y conductas disruptivas en menores

En las últimas dos décadas hemos experimentado transformaciones significativas en el desarrollo emocional y cognitivo. En este sentido, en el año 2000 se presentó el concepto de los nativos digitales, tal como lo expresó Marc Prensky (2001), al describir a la juventud criada desde temprana edad en entornos tecnológicos. Esta generación ha estado rodeada por dispositivos electrónicos e internet, lo que ha influido en su aprendizaje, socialización y procesamiento de la información.

Por consiguiente, el estilo de ocio infantil ha cambiado drásticamente. Desde los años 2000, los menores dedican cada vez más tiempo a actividades sedentarias frente a pantallas, dejando de lado las actividades físicas al aire libre.

Este cambio ha conllevado un incremento de la obesidad infantil, pero también se ha asociado con otras consecuencias físicas relevantes, como alteraciones posturales, miopía por sobreexposición a pantallas, fatiga visual, trastornos del sueño y entre otros. Estos riesgos físicos, sumados a las consecuencias psicológicas, como dificultades relacionales, baja autoestima y síntomas depresivos, pueden afectar gravemente la conducta y adaptación social del menor.

Asimismo, en el 2015 se presentó un estudio realizado por el Instituto Tecnológico Desconecta que posicionó a España a la cabeza de las estadísticas europeas respecto a la adicción a internet y al uso de dispositivos móviles *"España es el país con más adicción adolescente a Internet de toda Europa: un 21,3% de los adolescentes españoles son adictos a la red, frente al 12,7% de media europea"*². También se mencionó la nomofobia, es decir, el miedo a no tener el móvil disponible, pues la mayoría de los jóvenes experimentan ansiedad cuando están desconectados y sienten la necesidad compulsiva de revisar las notificaciones constantemente. Así, el uso excesivo de internet puede alterar tareas cotidianas como el estudio, el deporte o incluso el sueño. Por ello, la salud pública ha advertido sobre el uso adictivo de redes sociales, considerando que debe incluirse entre las nuevas adicciones, al nivel de otras conductas compulsivas.

En cuanto al desarrollo cognitivo, el fácil acceso a la información supone una ampliación cultural de los menores, quienes desde edades tempranas han aprendido a manejar dispositivos que estimulan sus habilidades. Sin embargo, se presentan preocupaciones sobre los posibles efectos negativos. En este sentido, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España y Mobile World Capital Barcelona, impulsaron un estudio sobre el impacto del aumento del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes, junto con expertos en la materia -Laura Cuesta Cano, Ignacio Guadix y Jorge Flores-, definiendo el estudio publicado por la Fundación ANAR *"Según el estudio publicado por la Fundación ANAR 2022, de todas las consultas atendidas con adolescentes y jóvenes, los casos de autolesiones se han multiplicado por 45,7 en esta década (con una tasa de crecimiento en los últimos 11 años de 4.468%) y la conducta suicida se ha multiplicado por 34,8 (tasa de crecimiento del 3.376%). Superando, de este modo, por primera vez, los problemas de salud mental a los de violencia. Muchos de los estudios que han abordado el uso excesivo de Internet lo han hecho desde la perspectiva del uso compulsivo, para lo que han desarrollado herramientas como la escala CIUS (Compulsive Internet Use Scale). También encontramos la Escala de Uso Problemático de Internet en adolescentes (EUPI-a)¹², una herramienta adaptada al contexto cultural español y al lenguaje de adolescentes."*³.

2. Instituto Psicológico Desconecta@. (2015). *"El uso del teléfono móvil en España"* p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF. < informe_moviles.compressed.pdf >

3. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España y Mobile World

En este sentido, la incorporación de la tecnología avanza rápidamente con la edad. Un 23,3% de los menores de 10 años ya disponen de un dispositivo móvil; a los 11 años un 45,7% igualmente ya cuentan con este. Así el INE 2023⁴ muestra, como en dos, décadas hemos pasado de la excepcionalidad a la universalización del móvil en la infancia.

Todo lo antes expuesto, nos lleva a hablar sobre la evolución psicológica de la infancia y adolescencia ya que entre el 2000 y el 2025 se presencia un entramado de influencias tecnológicas y culturales sin precedentes. Los menores están madurando en un contexto altamente digitalizado, lo que conlleva ventajas, pero también un creciente deterioro de la salud mental juvenil. Las autolesiones y conductas suicidas han ido en aumento, de forma que, ante esta alarma social La Asociación Española de Pediatría (AEP) emitió un comunicado en el que recoge cifras preocupantes: antes del 2020, se estimaba que el 18% de los menores se había autolesionado al menos una vez; que el 30% había tenido una ideación suicida y un 10% había intentado suicidarse, con un 2% que efectivamente requirió atención médica. Durante el COVID-19, estos datos empeoraron significativamente: la Fundación ANAR reportó en 2020 un 145% más de llamadas por intentos de suicidio y un 180% más por autolesiones. Ese año presentamos 14 niños menores de 15 años que se suicidaron y el doble en el 2019. Entre las causas más destacadas se encuentran: la falta de atención a trastornos como la depresión o el acoso, el aislamiento, el estrés académico y el impacto negativo de las redes sociales⁵.

Estas conductas disruptivas constituyen un llamado de atención para nuestros sistemas educativos y a nuestro ordenamiento jurídico. Siendo que cualquier intervención judicial a un menor infractor debería contemplar el entendimiento a las causas multifactoriales detrás de la conducta.

Por tanto, debemos transitar hacia una visión jurídica más acorde con la psicología actual, situando el interés superior del menor y su estado madurativo como ejes centrales en la toma de decisiones judiciales y educativas.

Capital Barcelona (2024). "*Impacto del aumento del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes*" p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF < Impacto del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes

4. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores > Se observa que el 93,1% de los y las menores de 10 a 15 años usa ordenador, el 94,7% navega por Internet y el 70,6% utiliza teléfono móvil. Desglosado por franjas de edad, destaca que un 23,3% de los menores de 10 años ya tiene móvil propio; el 45,7%, con 11 años; el 72,1%, con 12 años; el 88,2%, con 13 años; el 94,1%, con 14 años; y el 94,8%, con 15 años.

5. Asociación Española de Pediatría (AEP) (2022). "*Posicionamiento sobre el aumento de autolesiones y suicidio en niños y adolescentes*". Publicado digitalmente. Formato PDF. < Microsoft Word - 20220126 Comunicado AEP Grupo Salud Mental de la Infancia.docx >

3.2 Redes sociales, videojuegos, música, cine y sus efectos conductuales

El impacto social y emocional que puede suponer el uso de las redes sociales se presenta en edades cada vez más tempranas. Al inicio de la era digital, el acceso a internet era limitado y bajo supervisión, pero en la actualidad el panorama ha cambiado radicalmente. Prácticamente todos los adolescentes, e incluso muchos niños, utilizan redes sociales a diario, lo que ha transformado su forma de relacionarse. Estas plataformas han creado espacios de pertenencia y expresión, donde los jóvenes interactúan mediante comentarios o publicaciones. Sin embargo, el uso excesivo puede generar efectos adversos en la salud mental, como sentimientos de aislamiento y ansiedad social, especialmente en una etapa donde los menores están construyendo su autoestima y pueden compararse con imágenes idealizadas, generando sentimientos de inferioridad o insatisfacción.

En este sentido, el uso ya generalizado de internet y las redes sociales, según datos del INE 2023, ha supuesto un cambio profundo en los hábitos y en la configuración de la personalidad niños y adolescentes. Estudios recientes donde se revelan que los menores hacen un uso intensivo y sin supervisión de internet y redes sociales, *"A este respecto, sus datos revelan que el 31,5% usa Internet más de 5 horas al día entre semana, el 58,4% duerme con el móvil o la Tablet en la habitación, conectándose el 21,6% de ellos/as a partir de las 12 de la noche (todos/casi todos los días), el 57,5% lleva el móvil a clase y un 6,7% lo utiliza durante las clases para fines no docentes (todos/casi todos los días). Asimismo, el 98,5% de las/los adolescentes está registrado en alguna red social y casi 2 de cada 3 cuenta con más de un perfil en una misma red social, que utilizan selectivamente para familia y conocidos o para el grupo de iguales. Esto implica que, con frecuencia, los progenitores puedan llegar a tener una falsa sensación de control"* (Andrade y col., 2021)."⁶

Los menores actuales, nativos digitales, tienden a percibir de forma difusa la línea entre lo virtual y lo real. Esto ha generado riesgos que van desde aspectos "relativamente sutiles" hasta amenazas graves, destacando la exposición a contenidos inapropiados como el contacto con desconocidos potencialmente malintencionados, imágenes violentas o sexualmente explícitas, y discursos que fomentan el odio, incluyendo comunidades que incitan a la autolesión o al suicidio.⁷

6. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores >

7. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores > Los principales riesgos señalados abarcan desde el miedo a perderse algo en las redes (FOMO), hasta la

Por otro lado, los videojuegos han pasado de ser un entretenimiento minoritario para convertirse en una industria cultural central en la vida de niños y adolescentes. Su auge ha suscitado tanto preocupaciones como hallazgos relevantes sobre su influencia en el desarrollo cognitivo. Por consiguiente, se puede destacar el contenido violento que numerosos videojuegos presentan, generando debates sobre si exponer a menores a dicha violencia virtual aumenta su agresividad o insensibilidad, de forma que, algunos psicólogos han advertido que la exposición precoz sin la debida supervisión puede suponer normalizar la violencia como forma de resolver conflictos y asimismo insensibilizar a los niños y adolescentes al sufrimiento ajeno.

No obstante, el contenido violento no debe considerarse como el único factor determinante de conductas agresivas. Los factores familiares y sociales también son altamente influyentes. Por ello, una supervisión adecuada puede mitigar los riesgos del uso problemático de videojuegos y, en algunos casos, permitir beneficios cognitivos o educativos, como el aprendizaje de idiomas o el desarrollo del ingenio.

Asimismo, la música, el cine y otros contenidos audiovisuales contemporáneos han ejercido una influencia notable en la conducta de los menores, al transmitir valores, modelos de conducta y referentes culturales. En las últimas dos décadas, niños y adolescentes han estado expuestos a mensajes que han influido en sus actividades y comportamientos de múltiples formas, por ejemplo, el auge de la música urbana ha marcado las preferencias de la juventud española. Estudios como el realizado en 2023 por la Universidad de León⁸ advierten que muchas letras de reguetón comercial reproducen estereotipos machistas y glorifican la cosificación de la mujer o incluso la violencia sexual. La escucha reiterada de este tipo de mensajes puede facilitar la interiorización de estereotipos negativos.

Ahora bien, es importante matizar que la influencia de la música no es homogénea. Muchos jóvenes disfrutan del ritmo y la moda sin necesariamente

exposición a determinados cánones estéticos; reducción de relaciones sociales; robo y difusión de información personal; acceso a información errónea (fake news); contacto con extraños; exposición a imágenes y contenido sexual explícito; exposición a contenidos de odio y/o violencia; ciberacoso; acoso sexual; grooming; chantaje y sextorsión; mensajes que incitan a autolesionarse e incluso a cometer suicidio, etc. (Andrade y col., 2021; ONTSI, 2023; Muppalla y col., 2023; OECD, 2023; UNICEF, 2023; ONU, 2023; Li y col., 2023). Según el último Informe de Seguridad Online de Microsoft, el 74% de los y las adolescentes reconoce haber experimentado alguno de estos riesgos en Internet.

Concretamente, las cifras relativas al acoso escolar continúan siendo preocupantes: 1 de cada 3 adolescentes podría estar siendo víctima de acoso escolar y 2 de cada 10 adolescentes podría estar siendo víctima de ciberacoso. Estas graves conductas se relacionan con otras conductas de riesgo online, como el sexting o el contacto con desconocidos, lo que evidencia la necesidad de mejorar la labor de prevención y priorizar la lucha contra el acoso escolar y el ciberacoso (Andrade y col., 2021).

8. Díez Gutiérrez, E. J., & Muñiz Cortizo, L. M. (2023). "Educación reguetón: ¿Educa el reguetón en la desigualdad?" Publicado digitalmente. Formato PDF. < Vista de Educación reguetón >

adoptar los contenidos de las letras. Algunos desarrollan un pensamiento crítico que les permite disociar el entretenimiento de la realidad.

En este sentido, la exposición temprana a contenidos violentos o sexualmente explícitos, como ocurre en ciertas series populares entre adolescentes -por ejemplo, *Élite*, *Euphoria* o *La Casa de Papel*-, puede contribuir a la desensibilización o a la normalización de conductas extremas. Estas producciones retratan delitos, drogas, sexo y estilos de vida transgresores que, si bien forman parte de la ficción, influyen en la percepción de la realidad en mentes en desarrollo.⁹

Cabe destacar que, a inicios de la era digital, las preocupaciones parentales se centraban en controlar el contenido al que accedían los menores. Hoy el desafío es mucho más complejo, ya que redes sociales, videojuegos, cine y series interaccionan entre sí, amplificando los riesgos.

De esta manera, lo anterior demuestra que no todos los seres humanos funcionan de igual manera: el discernimiento mental varía según cómo cada persona se adapta a la sociedad. En el caso de los menores, ahora más que nunca se requiere una guía clara y límites firmes. Sin embargo, existe un déficit de supervisión: solo un 36 % de menores ha recibido formación específica en ciberseguridad en su centro educativo¹⁰. Por lo que, es crucial la implicación activa de padres, docentes y profesionales sanitarios, para fomentar estrategias que permitan equilibrar los beneficios y los riesgos de la era tecnológica en la infancia.

9. Academia Americana de Psiquiatría Infantil (2025). "Los Niños y la Violencia en la Televisión" Formato digital. < Los Niños y la Violencia en la Televisión >

Los niños que se exponen excesivamente a la violencia en la televisión tienden a ser más agresivos. Algunas veces, el mirar un sólo programa violento puede aumentar la agresividad. Los niños que miran espectáculos en los que la violencia es muy realista, se repite con frecuencia o no recibe castigo, son los que más tratarán de imitar lo que ven. Los niños con problemas emocionales, de comportamiento, de aprendizaje o del control de sus impulsos pueden que sean más fácilmente influenciados por la violencia en la TV. El impacto de la violencia en la televisión puede ser evidente de inmediato en el comportamiento del niño o puede surgir años más tarde y la gente joven puede verse afectada aun cuando la atmósfera familiar no muestre tendencias violentas.

10. INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). "Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores" Formato digital. < Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores > Destaca en la actualidad el escaso nivel de supervisión que parecen ejercer madres y padres, "no del todo conscientes de su papel como modelo en el uso de las pantallas, de la necesidad de acompañamiento y de establecer una buena higiene digital en el hogar": sólo el 29,1% de las familias ponen a sus hijos/as adolescentes algún tipo de normas o límites sobre el uso de Internet y/o las pantallas; sólo el 23,9% limitan las horas de uso y el 13,2% los contenidos a los que pueden acceder (Andrade y col., 2021)

4. CASOS RELEVANTES Y ANÁLISIS PRÁCTICO

Mediante el presente capítulo se aborda el tratamiento jurídico y social de los delitos graves cometidos por menores, poniendo especial atención a casos expuestos como homicidios o agresiones sexuales. En este sentido, bajo nuestra normativa vigente -la LORPM y el CP- se distingue entre menores inimputables y menores que responden penalmente, siendo un sistema que prioriza la reeducación y la reinserción del menor infractor.

No obstante, la creciente gravedad de algunos hechos delictivos que han sido protagonistas menores genera un debate profundo sobre la limitación que tiene nuestro ordenamiento penal, en este sentido, se estudia casos como el de Sandra Palo, "El Cuco", el menor que asesino a un docente en Barcelona, o los más reciente de Castro Urdiales y el abuso sexual que hubo en el colegio de Granada, ya que más allá de su trágico contenido, se pone en evidencia ciertas lagunas estructurales del sistema de protección a la infancia, el control parental y el entorno educativo. Muestran que determinados comportamientos han desbordado la capacidad del sistema para prevenir la reincidencia, proteger a las víctimas y garantizar una respuesta proporcional al daño causado.

Por consiguiente, se examina los principales problemas que afronta nuestro ordenamiento jurídico, como la reincidencia, la posible insuficiencia de las medidas actuales, los límites de la edad sobre la inimputabilidad penal. Se analizan las dos corrientes doctrinales que abordan el debate siendo la garantista centrada en la función educativa y la punitiva que reclama respuestas más severas ante delitos graves.

4.1 Casos reales de menores infractores como autores de delitos graves

En base a la imputabilidad penal de los menores de edad se analizan casos paradigmáticos que han alimentado el debate y asimismo se demuestra la reincidencia de algunos menores infractores:

- I. **Sandra Palo (2003):** En este caso, tres menores de 14 y 16 años fueron condenados con las penas máximas previstas en la LORPM siendo autores del delito de secuestro, violación y asesinato de una joven madrileña. Tuvieron varios años de libertad vigilada tras cumplir con el internamiento cerrado, sin embargo, quedó en evidencia que la reinserción no fue efectiva, ya que los

tres siguieron delinquiendo de forma reiterada, acumulando entre ellos treinta y siete reseñas policiales por distintos delitos posteriores¹¹.

Entre los tres menores se encuentra Rafael García "*El Rafita*" quien tenía 14 años cuando cometió el hecho delictivo. Quebranto la libertad vigilada y desde el 2009, cometió al menos trece delitos, entre los cuales un delito de robo y sustracción de vehículos, liderando una banda de aluniceros. Por consiguiente, Juan Ramón "*Ramoncín*" y Ramón Santiago ambos tenían 16 años cuando cometieron el hecho delictivo, siguieron el mismo camino, acumulando en conjunto veinticuatro delitos más tras cumplir su internamiento.

II. Francisco Javier M.G, "El cuco" (2009): En este caso, el menor de 16 años no fue condenado por homicidio, sino por encubrimiento del hecho típico, cumpliendo una corta medida en un centro penitenciario hasta alcanzar la mayoría de edad. Posteriormente, ya siendo adulto volvió a ser condenado por falso testimonio en relación con el mismo crimen, evidenciando las dificultades de reinserción.

III. Alumno de 13 años, segundo de ESO, identificado como M.P.C (2015): En este caso, el menor de 13 años asesinó al profesor sustituto de Ciencias Sociales a quien apuñaló mortalmente en el abdomen. Además, resultaron heridas otras cuatro personas: la profesora de Lengua, su hija y dos estudiantes más; a su vez hubo otro docente con lesiones leves. En este sentido, se declara la inimputabilidad penal por ser menor de 14 años de conformidad con el artículo 19 del CP y en base a la LORPM. El caso fue derivado a la Dirección General de Atención a la Infancia y adolescencia (DGAIA)¹² mediante el procedimiento de protección juvenil y atención terapéutica. Según confirmaron los Mossos d'Esquadra el menor manifestó que escuchaba voces lo que apuntaría a un posible brote "brote psicótico". Este caso reabrió el debate sobre las limitaciones del ordenamiento de responsabilidad penal de menores, con graves trastornos mentales, poniendo sobre la mesa la necesidad de integrar la psicopatología y el control escolar.

Cabe decir que, no se ha encontrado evidencia de que el menor haya vuelto a delinquir lo que sugiere que no hay registros públicos de reincidencia.

IV. Hermanos adoptivos en Castro Urdiales (2024): En este caso, Alberto de

11. Álvarez, M. J. (2013). "Los tres asesinos libres suman 37 delitos" Publicado digitalmente. < Los tres asesinos libres suman 37 delitos >

12. RTVE (2015). "*El juez archiva el caso del menor que mató a un profesor en Barcelona y lo remite a Infancia*". Publicado digitalmente. < <https://www.rtve.es/noticias/20150505/juez-archiva-caso-del-menor-ma-to-a-profesor-barcelona-remite-a-infancia/1139521.shtml> >

El objetivo de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia (DGAIA), organismo que se encarga de los asuntos conflictivos de menores, es el de "prevenir que estos casos se puedan repetir a través de un trabajo de mediación y reparación psicológica", indicó Santmartí.

15 años al momento del hecho delictivo y su hermano de 13 años asesinaron con vestigios de brutalidad extrema a su madre adoptiva. La madre presentaba ataduras; una bolsa en la cabeza y múltiples heridas provocadas con un arma blanca. Asimismo, fue hallada desnuda en el maletero presentando signos de agresión sexual, el Tribunal señaló que se trataba de un asesinato y agresión sexual con agravante de parentesco. Por consiguiente, al menor de 15 años se le impuso una medida de internamiento en régimen cerrado de seis años, más tres años de libertad vigilada.

Por otro lado, el hermano de 13 años fue declarado inimputable siendo derivado al procedimiento de protección juvenil con medidas educativas y de control.

El presente caso conlleva a debates sobre la edad mínima penal y la capacidad real de discernimiento. Las discusiones legislativas rodeaban con respecto al endurecimiento del ordenamiento de responsabilidad penal de menores de edad en los casos de delitos graves. Asimismo, es muy pronto para sacar conclusiones de reincidencia, sin embargo, es relevante tenerlo en cuenta para el presente estudio y propuesta.

V. Estudiantes colegio de Granada (2024): En este caso, no se ha informado la edad de los menores, sin embargo, se tiene la certeza que son menores de 14 años, pudiendo ser entre 3 a 12 años, es un caso de abuso sexual a una menor de edad alumna de un colegio público de Granada. Se declaró a los menores como inimputables de forma que se procedió al archivo del expediente penal y se derivó el caso a los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía.

Por consiguiente, en diciembre de 2024 se presentó una segunda denuncia relacionada con hechos similares, tratándose de otra víctima y los menores infractores parecían ser los mismos, lo que generó una alarma social, en este sentido, la Fiscalía Superior de Andalucía advirtió en su memoria anual el repunte de conductas sexuales violentas entre menores, muchas veces vinculadas al acceso sin supervisión de contenidos pornográficos y a la imitación de comportamientos observados en las redes sociales¹³.

13. Valdecantos, D. (2024). "¿Por qué nadie detectó la agresión sexual que sufrió una niña por parte de sus compañeros en un colegio?". Publicado digitalmente. <<https://www.articulo14.es/violencia-contra-las-mujeres/por-que-nadie-detecto-la-agresion-sexual-que-sufrio-una-nina-por-parte-de-sus-companeros-en-un-colegio-20241212.html>>
La Fiscalía Superior de Andalucía alertó el pasado septiembre, en su última memoria, del aumento de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos por menores en el último año. En el informe se le atribuye este incremento al "consumo excesivo" de las redes sociales y de las páginas pornográficas por parte de los jóvenes. La fiscal superior andaluza, Ana Tárrago, expresó su "especial preocupación" por la situación de los menores, tanto en su papel de víctimas como de agresores, debido al acceso temprano a las nuevas tecnologías.

4.2 Reincidencia, impacto legal, mediático y social

Los delitos graves cometidos por menores de edad son poco frecuentes en España, pero no inexistentes y cada vez más frecuentes, por ejemplo, desde la entrada en vigor de la LORPM más de un centenar de menores fueron condenados por homicidio o asesinato en los primeros años de aplicación de la normativa penal¹⁴.

En términos generales y conforme lo expuesto en los casos anteriores, la reincidencia delictiva entre los menores infractores es un factor relevante para tener en cuenta, ya que estudios recientes han demostrado que aproximadamente el 30% de los menores reingresan al sistema penal en los cinco años siguientes a concluir su primer procedimiento¹⁵. El estudio encargado por la Generalitat de Cataluña enfatiza que los factores históricos, como antecedentes familiares o violencia previa son determinantes en la persistencia delictiva. Se expresa que los jóvenes que delinquieron a edad más temprana de 14 a 15 años muestran tasas de reincidencia mayores casi de un 40% que los adolescentes de 16 a 17 años con un 28%¹⁶.

Asimismo, los estudios sugieren que quienes cometen delitos más graves tienen mayor riesgo de reincidir al alcanzar la adultez, por ejemplo, el estudio antes mencionado encargado por la Generalitat de Cataluña del Departamento de Justicia catalán expresó que *"Las diferencias son estadísticamente significativas. Esto significa que el perfil de joven de cada programa es diferente y en función del programa que se le aplique en la causa base nos orientará en el porcentaje de casos que no cometan nuevos delitos, los porcentajes que cometan en el ámbito de la Justicia juvenil, y los que la carrera delictiva continuará hasta la justicia de adultos."*¹⁷. Esto refuerza lo expuesto a lo largo de este estudio, cada

14. Urra, J. (2024). "LEY DEL MENOR: UNA REFORMA NECESARIA". Publicado Digitalmente.

< Papeles del Psicólogo >

La Ley se denomina de Responsabilidad Penal, pues atribuye la misma a los jóvenes, no es cierto que desarme a la sociedad, desde su entrada en vigor (13 de Enero de 2001), 113 menores han sido condenados por delitos de homicidio o asesinato.

15. Europapress (2023). "Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros" Publicado digitalmente. < Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros >

Han presentado el estudio este miércoles sus autores, Marta Blanch y Roger Mancho, y el responsable del área de investigación del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Ceje), Manel Capdevila, y han expuesto que la tasa de reincidencia durante los cinco años siguientes a salir del sistema de justicia juvenil es de media del 30,9%, una cifra que se mantiene estable en los últimos años y que es muy similar entre los menores españoles (30%) y los extranjeros (37,9%).

16. Europapress (2023). "Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros" Publicado digitalmente. < Un estudio constata que la reincidencia de menores no es distinta entre nacionales y extranjeros >

17. Capdevila, M; Ferrer Puig, M. C Luque, R. (2005). "La reincidencia en el delito en la justicia de menores" p.

menor es diferente, la medida que se le imponga puede generar beneficios o desventajas dependiendo del discernimiento mental del menor infractor. Se reitera en la importancia de la flexibilidad a la hora de imponer una medida. Si bien no se minimiza la relevancia de la edad del menor infractor, sin embargo, el eje central debe ser la edad mental del menor infractor, así como factores externos a su entorno y no la edad cronológica.

En este sentido, si bien no existe una cifra única sobre cuantos menores reinciden tras la mayoría de edad, ya que depende de factores como la gravedad del hecho delictivo y de la medida impuesta, la evidencia es clara y apunta a que una parte no desdeñable continúa delinquiriendo en la vida adulta.

Por consiguiente, la reincidencia ha motivado a un endurecimiento progresivo de las penas y medidas cautelares, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio de irretroactividad en el Derecho Penal, a tenor literal del artículo 2 del CP.

"Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario."

Esto se refleja en las decisiones de la Sala Penal del Tribunal Supremo, donde se dictaron tres sentencias por recurso de casación en las que descarto la aplicación retroactiva de la Ley 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual al no considerarse más beneficiosa para el reo en cada caso concreto¹⁸. Esto lleva a pensar que actuamos tras el hecho. Tenemos evidencias claras que los menores tienen un factor evolutivo determinante, que no son los mismos que eran al momento de la entrada en vigor de la LORPM. Sin embargo, esperamos a que las estadísticas se eleven para realizar una reforma al ordenamiento jurídico, que, si bien servirán para futuros infractores, pero para los que han motivado la reforma no, debido al principio que se garantiza en el ordenamiento penal.

4.3 Eficacia del sistema penal juvenil: opiniones doctrinales

Mediante el derecho comparado, la edad mínima de responsabilidad penal y las penas para menores infractores varían dependiendo el país, -en su gran

121. Publicado digitalmente. Formato PDF. < La reincidencia en el delito en la justicia de menores. Manel Capdevila, Marta Ferrer, Eulàlia Luque >

18. Poder Judicial España (2023). *"El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley"*. Publicado digitalmente. < El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley | CGPJ | Poder Judicial | Noticias Judiciales >

mayoría consenso en el enfoque resocializador-. En este sentido, la mayoría de los países analizados, la imputabilidad penal inicia entre los 13 a 14 años y teniendo ciertas flexibilizaciones dependiendo el caso.

En este sentido, nuestro ordenamiento se inspira en un enfoque educativo y rehabilitador, bajo la premisa de que los adolescentes poseen una mayor capacidad de cambio que los adultos. Sin embargo, como bien se ha establecido, este modelo ha sido objeto de múltiples debates al momento de presenciar casos de extrema violencia y gravedad. Por un lado, se defiende la filosofía de la ley vigente, destacando sus logros, señalando que endurecer las penas no garantiza mejores resultados. Se considera que la clave está en la reinserción, la cual se percibe como la vía más efectiva para el menor infractor, en palabras de educadores sociales *"castigar sin ofrecer alternativas reales de cambio no solo no resuelve el problema, sino que lo agrava"*¹⁹. En este sentido, se sostiene que la educación en valores y la inserción social son el único camino para evitar la reincidencia.

Por otro lado, una parte de la doctrina y psicólogos forenses cuestionan la suficiencia de la respuesta penal juvenil ante casos de extrema gravedad, como homicidios. En este sentido, se sostiene que, si bien el enfoque educativo es válido en términos generales, su eficacia puede resultar cuestionable cuando el delito cometido es particularmente violento. Cada delito grave cometido por un menor reaviva el debate legislativo y la opinión pública teniendo la percepción de que la LORPM puede ser "excesivamente benigna" especialmente cuando los actos cometidos son irreparables, en palabras del psicólogo Javier Urra -ex Defensor del Menor-, *"La ciudadanía ejerciendo su derecho estima que la norma es excesivamente benigna al menos con quienes cometen hechos irreparables como son los asesinatos y las violaciones"*²⁰. Se señala la contradicción entre la gravedad del daño causado y las medidas que se imponen según la LORPM. Por más atroz que sea el delito, nuestro ordenamiento limita el internamiento, de forma que se genera indignación social y pone dudas sobre la capacidad disuasoria del sistema.

Mediante lo antes expuesto se concluye que la doctrina se encuentra dividida. La corriente garantista defensora expresa la finalidad de la responsabilidad penal de los menores de edad considerando que debe ser la reeducación. Sin embargo, la corriente más punitiva señala los posibles déficits del sistema ante delitos graves, poniendo énfasis en las medidas actuales considerándolas como

19. elDiario.es (2025). *"Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimiento de medidas judiciales"* Publicado digitalmente. < Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimiento de medidas judiciales >

20. Urra, J. (2024). *"LEY DEL MENOR: UNA REFORMA NECESARIA"*. Publicado Digitalmente. < Papeles del Psicólogo >

respuestas blandas en relación con la gravedad del hecho delictivo. Esta percepción debilita la confianza en la justicia y poner en riesgo la seguridad ciudadana.

5. REEDUCACIÓN, PELIGROSIDAD Y PROPUESTA DE REFORMA

En el presente capítulo se examinan las medidas judiciales previstas en la LORPM evaluando su eficacia frente a delitos graves cometidos por menores y atendiendo a la creciente preocupación social. En este contexto, se parte de la tensión existente entre el enfoque educativo centrado en la reinserción y la rigidez del criterio cronológico, el cual se identifica como un factor limitante para garantizar una aplicación realmente ajustada al principio de culpabilidad.

En esta línea, se formula una propuesta esencial: sustituir el umbral fijo de los 14 años por un criterio basado en el discernimiento, fijando la edad mínima en los 10 años para una posible responsabilidad penal, siempre que un informe pericial psicológico acredite una madurez suficiente por parte del menor. Esta propuesta se fundamenta en el análisis del derecho comparado, especialmente en los sistemas que aplican pautas de valoración individualizada de la madurez. Asimismo, se exploran vías para adaptar dichas garantías y la flexibilidad procedimental al sistema español, con el objetivo de establecer mecanismos más precisos y, a la vez, garantistas, que permitan conjugar la protección del menor y la tutela de las víctimas con la proporcionalidad y eficacia de las medidas. Todo ello en el marco de un contexto social y tecnológico en constante evolución y transformación.

5.1 Reinserción vs. medidas punitivas

Como bien ya se ha abordado, la responsabilidad penal de menores en España se fundamenta en un enfoque claramente educativo y resocializador, orientado a la reinserción social. En este sentido, la LORPM en su tenor literal expresa que las medidas aplicables a infractores juveniles no pueden ser represivas, sino preventivo especiales. Además, se destaca que, a diferencia del Derecho Penal de adultos, en el proceso de menores debe primar el principio del interés superior del menor, siendo orientado por nuestra Constitución en su artículo 25.2 y en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este enfoque rehabilitador entra en tensión cuando los menores infractores han cometido delitos graves como homicidios, asesinatos o agresiones sexuales. La exposición de motivos de la LORPM parte de la convicción de que, en general, las infracciones cometidas por menores de 14 años son irrelevantes penalmente, motivo por el cual se remiten a la jurisdicción civil para la imposición de medidas de protección. No obstante, como se ha expuesto en el capítulo tres, la realidad actual muestra incidentes de violencia juvenil cada vez más graves, lo que genera una creciente alarma social, ya que se ha

evidenciado la aparición de conductas delictivas graves protagonizadas por menores inimputables. La Fiscalía General del Estado informó que en el año 2021 se archivaron 8.433 diligencias de investigación a menores infractores cuya edad era menor a los 14 años siendo precisamente inimputables²¹ -razón de su archivo-, donde se incluyen casos de delitos sexuales muy graves, lo que supone una crítica a nuestro ordenamiento percibiéndolo como excesivamente laxo.

Si bien en la doctrina se ha destacado el contraste sobre el interés superior del niño y las garantías procesales en la STC 36/1991, de 14 de febrero, que reconoce la prioridad del interés superior del menor, pero advierte que este debe conciliarse con las garantías del proceso y con los intereses de la sociedad, y en la STC 60/1995, de 17 de marzo, donde establece que el proceso penal de menores debe preservar la presunción de inocencia y otras garantías procesales, sin dejar de lado la necesidad de una intervención proporcional y educativa. Sin embargo, persiste el debate sobre si, ante conductas de elevada peligrosidad, las medidas actuales son realmente disuasorias y proporcionadas a la gravedad del hecho delictivo.

Un aspecto para tener en cuenta es como los menores conciben la ley y la transgresión, ya que por un lado se benefician de un marco legal garantista. Hay observaciones que sugieren que ciertos menores infractores actúan con la sensación -e incluso con el conocimiento- de su impunidad al saber que las consecuencias legales serán leves si son menores de edad.

En definitiva, la evolución mental de los menores y la aparición de casos de extrema gravedad que han sido protagonizados por menores inimputables obliga a una revisión crítica de nuestro ordenamiento jurídico actual desde un enfoque preventivo, especializado y reforzado. No se trata únicamente de endurecer las medidas, sino de dotar al sistema de recursos suficientes que le permitan actuar con mayor agilidad y eficacia, garantizando tanto la protección del menor infractor como la de las víctimas, y preservando el interés público.

5.2 Derecho comparado: Alemania, Francia, Países Bajos e Italia

Mediante el derecho comparado se busca entender la perspectiva de otros países con el fin de poder realizar una propuesta de mejora y que nuestro

21. Grupo Parlamentario VOX (2025). "Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, para rebajar la edad penal y sancionar con más firmeza y eficacia los delitos cometidos por menores." p. 3. Publicado digitalmente. Formato PDF. < 122/000175 Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, para rebajar la edad penal y sancionar con más firmeza y eficacia los delitos cometidos por menores >

ordenamiento jurídico encuentre una armonía equilibrada entre los derechos de los menores infractores y los derechos de las víctimas.

i. Alemania: La edad penal mínima es de 14 años, sin embargo, se aplica el criterio de discernimiento, de forma que la Ley de Justicia Juvenil alemana "Jugendgerichtsgesetz" no da por hecho que todo menor de 14 años sea irreprochable. En este sentido, para saber si un menor de 14 a 17 años es responsable penalmente el Tribunal debe examinar individualmente la madurez y capacidad para comprender el significado del hecho delictivo. Por consiguiente, si la pericia revela inmadurez en el menor infractor, se le aplican medidas educativas en lugar de una sanción penal. Cabe decir que, incluso los jóvenes de 18 a 20 años pueden, en ciertos casos, ser tratados como menores en caso de que su madurez sea equiparable a la de un menor.

ii. Francia: La edad penal mínima es de 13 años, siendo que la Ley establece una presunción simple de discernimiento a esa edad, queriendo decir que los menores de 13 años son presumidos incapaces de comprender sus actos de forma que no pueden ser declarados culpables (salvo excepciones probadas). Se considera que no tienen discernimiento y por tanto no hay sanción penal, solo medidas educativas civiles. En este sentido, el Tribunal evalúa el discernimiento del menor en cada caso ya que se le considera inimputable si no entiende el carácter ilícito de su conducta, siendo que de 16 a 17 años el Tribunal aplica el principio de "excuse de minorité", en casos muy graves se permite imponer la pena de los adultos en su totalidad, de forma que el sistema francés combina medidas educativas con la posibilidad de penas de prisión en centros juveniles si el hecho es muy grave y el menor es mayor de 16 años. Actualmente, los menores infractores de entre 13 a 18 años quedan bajo la jurisdicción especializada con sanciones atenuadas y medidas educativas. Se reserva la prisión juvenil como último recurso.

iii. Países Bajos: La edad penal mínima es de 12 años, en este sentido, los menores de 12 años se derivan a servicios sociales. Asimismo, de 12 a 17 años se aplica la Ley de Justicia Juvenil teniendo penas máximas relativamente bajas, incluyendo programas como "Halt" para faltas leves. En el 2014 se introdujo el derecho penal adolescente, con el fin de tratar jóvenes de 16 a 22 años, estudiando el caso individualizado bajo criterios evolutivos siendo que en casos extremadamente graves cabe la posibilidad de ser transferido a la jurisdicción de adultos pudiendo enfrentar el menor infractor penas más altas. Por otro lado, Holanda cuenta con un sistema de evaluación psiquiátrica para menores peligrosos, lo que permite el internamiento prolongado en clínicas hasta que dejan de representar un riesgo.

iv. Italia: La edad penal mínima es de 14 años, el Código Penal italiano en sus artículos 97 y 98 declara inimputable al menor de 14 años e impone que los menores de 14 a 18 años sólo sean condenados si se comprueba que tenían la

capacidad de entender y de querer cometer el hecho. En este sentido, los menores infractores son tratados en Tribunales especializados y reciben medidas esencialmente pedagógicas con posibilidad de internamiento solo si hay completa peligrosidad.

Conforme lo antes expuesto se puede determinar que el derecho comparado muestra que la regla general es la educación y reinserción. Exigen discriminar la madurez real del menor, respaldando la idea de criterios de imputabilidad basados en el discernimiento y de regímenes educativos adaptados a cada edad. Existen matices, por ejemplo, como Francia y Países Bajos que permiten en circunstancias muy graves equiparar las consecuencias a las de un adulto. Por otro lado, en España, Alemania e Italia, nunca juzgan a un menor en la jurisdicción ordinaria de adultos prefiriendo graduar la severidad dentro del sistema para menores infractores.

Un aspecto por resaltar es el tratamiento de menores victimarios y el tratamiento de las víctimas, ya que los países analizados contemplan la reparación de las víctimas y el interés público, sin sacrificar los derechos fundamentales del menor infractor. Por consiguiente, si bien la severidad de la respuesta penal a homicidios o asesinatos de menores difiere según el país como Francia o Países Bajos que permiten excepciones, todos comparten el marco de derechos humanos que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

5.3 Propuesta: imputabilidad condicionada al discernimiento mental

En la actualidad nuestro ordenamiento vincula la imputabilidad penal de los menores estrictamente a la edad cronológica -menores de 14 años inimputables-. Sin embargo, la teoría del delito señala que la imputabilidad supone una capacidad subjetiva, esto es que el sujeto comprende la ilicitud del hecho delictivo y que se pueda determinar que la conducta ha sido acorde a ese conocimiento. Algunos sectores doctrinales han considerado que la imputabilidad de los menores debe ser un concepto modulable según el grado de madurez.

En este sentido, propongo una reforma a nuestro ordenamiento jurídico, que introduzca un criterio de discernimiento mental para la imputabilidad de los menores, siendo en cierto aspecto desvinculada del límite rígido de 14 años. Los cambios descritos desde la entrada en vigor de la LORPM y hasta la actualidad, con respecto al desarrollo y comportamiento de los menores de edad han planteado las presentes reflexiones, ya que desde la psicología evolutiva se determina cómo ha afectado a la imputabilidad penal y a la valoración de la peligrosidad de los menores infractores, donde se ha considerado que en las

últimas décadas los menores han estado expuestos de forma más amplia a la violencia. Bajo esta propuesta, un menor con un desarrollo psíquico especialmente avanzado podría responder penalmente, teniendo en cuenta que cronológicamente sigue siendo un niño, por lo que, la pericia psicológica debe acreditar la capacidad de entendimiento sobre el acto y su conducta, denotando la terminología real de la imputabilidad ya que esta se refiere a la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito de sus actos.

Como se ha demostrado, no todos los seres humanos nos desarrollamos al mismo ritmo. De hecho, el estudio del discernimiento mental ya se realiza siempre que se encuentre en la edad cronológica que establece la LORPM. En estos casos, los jueces de menores cuentan con el auxilio de profesionales de la psicología que evalúa no solo el conocimiento intelectual de la norma, sino también el control inhibitorio de factores como la presión social. De forma que, esta lógica debería extenderse también a los menores de 14 años actualmente inimputables.

La aplicación de este criterio de discernimiento individual, pretendo que se extienda a la inimputabilidad de los menores de 14 años, en la práctica a su vez podemos ver este modelo en Alemania.

Inspirarme en estos modelos, propongo que la reforma contemple mecanismos garantistas, de modo que solo se permita el enjuiciamiento penal de un menor si un informe pericial concluye que posee un grado suficiente de madurez para asumir la responsabilidad penal. Esto permitiría respetar plenamente el principio de culpabilidad en sentido estricto.

Asimismo, se plantea rebajar la edad mínima de imputabilidad penal a 10 años, teniendo en cuenta la psicología evolutiva en la que actualmente nos encontramos. Esta medida irá acompañada con salvaguardas periciales y adaptaciones garantistas. La propuesta implicaría la modificación de la LORPM con el fin de fijar ese umbral mínimo en 10 años el tramo más bajo de aplicación de la ley, por otro lado, y en mención a las adaptaciones garantistas estableceríamos que los menores de 10 años seguirían bajo el régimen civil de protección, y que los menores de 10 a 13 años quedarían sujetos a la responsabilidad penal solo si cuentan con informe pericial que acredite madurez suficiente.

La edad propuesta se basa en la comparación con modelos internacionales, donde países como Suiza o el Reino Unido fijan la imputabilidad penal a partir de los 10 años, mientras que otros, como Alemania y Francia, la sitúan entre los 12 y 14 años, con matices según cada caso.

En España, el debate legislativo sobre la rebaja de la edad penal se reactivó en abril de 2025, cuando el Grupo Parlamentario VOX presentó una proposición para fijar la justicia juvenil desde los 12 años. No obstante, la propuesta que aquí

se formula va más allá, al introducir criterios de discernimiento y salvaguardas específicas, respetando el principio de intervención mínima del Derecho Penal (última ratio), que establece que la respuesta penal debe limitarse a las infracciones más graves y a los bienes jurídicos más relevantes.

De forma que, se puede hacer referencia a la subsidiariedad de este principio donde no existe otra vía menos lesiva para el infractor, y, asimismo, el Derecho Penal debe sancionar a conductas punibles debiendo diferenciarlas a las de mayor gravedad, en este sentido, el principio de intervención mínima se ve reflejado en la Exposición de Motivos de la LORPM donde se establece el uso flexible del mismo, por lo que cabe reflexionar en cada hecho delictivo cometido por el menor infractor. Se justifica jurídicamente la reducción de edad a los 10 años mediante un marco flexible, donde la pericia psiquiátrica o psicológica actuaría como filtro imprescindible, pudiendo garantizar que solo serán enjuiciados aquellos menores infractores realmente discernientes, asimismo, se propone incluir garantías procesales especiales, donde se debe incluir el derecho la defensa especializada e individualizada a fin de cumplir con el real entendimiento de la madurez del menor infractor.

En este sentido y en base a todo lo expuesto en el presente escrito, quiero hacer referencia a la necesidad de amparar y proteger los derechos fundamentales de las víctimas y el interés público, por lo que, pretendo equilibrar los derechos de las víctimas con los derechos del menor infractor. Se pone mayor atención a la peligrosidad infantil, considerando que al bajar la edad permite que la potestad punitiva sea efectiva, pero sin renunciar a la reinserción del menor y al fin reeducador.

Nuestra propia doctrina, así como los instrumentos internacionales, pueden respaldar esta flexibilización. Aunque la LORPM fijó en su momento la edad mínima en 14 años, los estudios psicosociales recientes sugieren una anticipación del desarrollo madurativo en los menores. La Convención sobre los Derechos del Niño recomienda una edad mínima no inferior a los 12 años, pero no impide un modelo mixto, en el que se fije una edad mínima penal de 10 años, con presunción de inimputabilidad que pueda ser superada mediante informe pericial. Esto permitiría mantener una orientación educativa y adaptada a la realidad evolutiva de los menores, por lo que, iría acompañada con las medidas de reeducación ya establecidas en nuestro ordenamiento, manteniendo siempre la orientación educativa.

Pudiendo lograr un marco proporcional y adaptado a las circunstancias individuales de cada caso. Se responde a la peligrosidad real sin tener que sacrificar los derechos fundamentales del menor infractor. Asimismo, la reforma nos permitiría la identificación temprana de violencia infantil en base a la salud mental del menor infractor, pudiendo abordar antes su reinserción con el tratamiento adecuado.

CONCLUSIÓN

Durante el presente estudio se ha demostrado que el ordenamiento de responsabilidad penal de menores se ha construido sobre una base garantista y protectora. Sin embargo, presenta importantes vacíos cuando se enfrenta a delitos graves protagonizados por menores de edad, ya que se fundamenta en un criterio rígido de edad cronológica para delimitar la imputabilidad penal. Esto resulta insuficiente desde un punto de vista jurídico y psicológico, comprometiendo la eficacia de la normativa vigente frente a la creciente violencia infantil. En consecuencia, dicho criterio se revela obsoleto e injusto, al ignorar el grado real de madurez y discernimiento del menor infractor.

En este sentido, cabe formular una pregunta fundamental: ¿un menor de 13 años y 4 meses puede ser consciente de la gravedad del hecho delictivo cometido, a diferencia de otro que ha cumplido 14 años en el mismo año natural? Si bien la pregunta puede resultar incómoda, alude directamente a una limitación de nuestro ordenamiento jurídico que no refleja la realidad actual. Hoy en día, la infancia y la adolescencia han cambiado significativamente: la mayoría de los menores acceden desde edades muy tempranas a contenidos violentos y estímulos sexuales explícitos, lo que puede generar conductas antisociales promovidas a través de redes sociales, videojuegos y contenido audiovisual, en los que se banaliza la maldad humana.

En este contexto, debe considerarse también la función de la supervisión parental respecto de los menores, culpa in vigilando. La intervención familiar y escolar desde edades tempranas constituye una herramienta clave para prevenir conductas disruptivas. La maldad humana no es monopolio del adulto, también puede manifestarse en menores. Los casos y estadísticas demuestran que algunos menores poseen la capacidad de planear y ejecutar delitos con un grado de conciencia y voluntad que resulta incompatible con la inimputabilidad basada exclusivamente en la edad cronológica. Negar esta realidad no es proteger a la infancia, sino desproteger a las víctimas de hechos de extrema gravedad, renunciando con ello a la obligación de salvaguardar el bien general.

De forma que, la propuesta de introducir el criterio de discernimiento mental como base de imputabilidad penal no persigue criminalizar a los menores, sino dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una herramienta más justa y adaptada a la realidad actual. Resulta imprescindible repensar el alcance y la eficacia de las medidas resocializadoras aplicadas, ya que los delitos graves exigen respuestas proporcionales, no solo para los menores infractores, sino también como parte del proceso de reparación hacia las víctimas. Desde mi punto de vista, es inaceptable que menores que han cometido delitos de extrema gravedad —y que contaban con discernimiento suficiente para entender sus actos— cumplan

internamientos breves y reinciden al alcanzar la mayoría de edad, generando nuevas víctimas que, de haberse previsto correctamente estos escenarios, podrían haberse evitado.

En este sentido, el debate no debe centrarse exclusivamente en la dicotomía castigo versus reinserción, sino también en la mejora de medios y recursos. Es necesario dotar a los centros de menores y a los Tribunales de personal especializado, que pueda estudiar cada caso de forma individualizada, teniendo como eje principal el discernimiento mental del menor. Por tanto, no cuestiono únicamente la filosofía de la ley, sino también su aplicación efectiva en el día a día.

Por todo lo expuesto, insto a que el debate legislativo sea más profundo, honesto y libre de prejuicios ideológicos. Debemos asumir que la protección de los menores no puede utilizarse como excusa para tolerar la impunidad. Reformar no significa renunciar a la reinserción, sino garantizar que esta sea compatible con la conciencia sobre la gravedad del daño causado. Conforme a lo anteriormente expuesto, un menor no es ajeno a la maldad humana; y si es capaz de actuar con frialdad, intencionalidad y violencia, como lo haría un adulto, no podemos permitir que tal capacidad sea ignorada por nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- Instituto Psicológico Desconnect@. (2015). *"El uso del teléfono móvil en España"* p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF. <informe_moviles.compressed.pdf>
- Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España y Mobile World Capital Barcelona (2024). *"Impacto del aumento del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes"* p. 8. Publicado digitalmente. Formato PDF <Impacto del uso de Internet y las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes>
- INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2024). *"Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores"* Formato digital. <Uso de nuevas tecnologías, Internet y redes sociales en menores>
- Asociación Española de Pediatría (AEP) (2022). *"Posicionamiento sobre el aumento de autolesiones y suicidio en niños y adolescentes"*. Publicado digitalmente. Formato PDF. <Microsoft Word - 20220126 Comunicado AEP Grupo Salud Mental de la Infancia.docx>
- Villa Siero, S. (2020) *"Evolución, principios y medidas de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad"* Publicado digitalmente. Formato PDF. <EVOLUCIÓN, PRINCIPIOS Y MEDIDAS de la L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores>
- Díez Gutiérrez, E. J., & Muñiz Cortizo, L. M. (2023). *"Educación reguetón: ¿Educa el reguetón en la desigualdad?"* Publicado digitalmente. Formato PDF. <Vista de Educación reguetón>
- Academia Americana de Psiquiatría Infantil (2025). *"Los Niños y la Violencia en la Televisión"* Formato digital. <Los Ninos y la Violencia en la Television>
- Álvarez. M. J. (2013). *"Los tres asesinos libres suman 37 delitos"* Publicado digitalmente. <Los tres asesinos libres suman 37 delitos>
- elDiario.es (2025). *"Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimiento de medidas judiciales"* Formato digital. <Reflexiones sobre la ley de responsabilidad penal del menor y la necesidad de recursos en los centros de cumplimiento de medidas judiciales>
- Urra, J. (2024). *"LEY DEL MENOR: UNA REFORMA NECESARIA"*. Formato digital <Papeles del Psicólogo>
- Cámara Arroyo, S (2014). *"Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de"*

delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal" Publicado digitalmente. Formato PDF. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5229681.pdf>>

- Blanco Barea, J. Á. (2008). *"Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho penal español"*. Publicado en la revista de estudios jurídicos, núm. 8 <Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español | Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época>
- Fundación IDIS. (2023). *"El 70% de los trastornos mentales se inician en la etapa infanto-juvenil"*. Formato digital. <Fundación IDIS>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2024). *"La salud mental de los adolescentes – Datos y cifras"*. Formato digital <La salud mental de los adolescentes>
- Martín, P. (2024). *"Los suicidios de adolescentes se disparan un 40% en un año: las cifras sacan los colores al sistema. Salud y Medicina"*. Formato digital <Los suicidios de adolescentes se disparan un 40% en un año: "Las cifras sacan los colores al sistema" – Salud y Medicina>
- INFOCOP. Consejo General de la Psicología de España (2025). *"En los últimos años han aumentado los casos de violencia y los problemas de salud mental, según ANAR"*. Formato digital <En los últimos años han aumentado los casos de violencia y los problemas de salud mental, según ANAR>
- 20minutos (2016). *"Así castiga cada país a los menores cuando cometen un delito"*. Formato digital. <EDAD PENAL EN EUROPA - Así castiga cada país a los menores cuando cometen un delito>
- Magro Servet, V. (2025). *"El debate sobre la responsabilidad penal de los menores: ¿Hay que introducir cambios urgentes en la regulación ante la gravedad de los delitos cometidos?"*. Formato digital.< diariolaley - Documento>

LEGISLACIÓN

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, de 24/11/1995.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15, de 17/01/1996.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 11, de 13/01/2000.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134, de 5/06/2021
- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29/12/1978.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 215, de 07/09/2022.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por España en 1990.
- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. (2007). Observación General N° 10: *Los derechos del niño en la justicia de menores*. CRC/C/GC/10
- Congreso de los Diputados. (2025, 1 de abril). *Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 para rebajar la edad penal*. Grupo Parlamentario VOX. BOCG-15-B-201-1.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Italia: ADIR – L'altro diritto (2002) Capitolo IV. L'imputabilità del minore. <L'imputabilità del minore>
- Alemania: Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. (1974) (BGBl. I S. 3427), das zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 25. 2021 (BGBl. I S. 2146) geändert worden ist <<https://www.gesetze-im-internet.de/jgg/BJNR007510953.html>>
- Francia: Code de la justice pénale des mineurs. Version Avril 2021 <Présentation PowerPoint>
- Países Bajos: Government of the Netherlands. Penalties for juvenile offenders <Penalties for juvenile offenders | Sentences and non- punitive orders | Government.nl>

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional. (1991). *Sentencia 36/1991, de 14 de febrero*. Inconstitucionalidad del procedimiento tutelar de menores de la Ley de 1948. <Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 36/1991>
- Tribunal Constitucional. (2012). *Sentencia 160/2012, de 20 de septiembre*. Constitucionalidad del art. Disposición adicional 4ª LORPM. <Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 160/2012>
- Poder Judicial España (2023). *"El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley"*. Publicado digitalmente. <El Tribunal Supremo mantiene tres condenas, de entre 12 y 15 años de prisión, por agresión y abuso sexual a niñas al no ser más beneficiosa la nueva Ley | CGPJ | Poder Judicial | Noticias Judiciales>



El papel del abogado en el litigio estratégico. Especial mención a los litigios en materia de Derechos Humanos en la jurisdicción contencioso- administrativa.

PAULA PÉREZ GARCÍA

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID



Paula Pérez García

**Doble grado en Derecho y Ciencias Políticas en la
Universidad Carlos III de Madrid.**

**Estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía en la
Universidad Autónoma de Madrid.**



Tercer premio

**XIII Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2025**

Resumen

El litigio estratégico como herramienta para la consecución de objetivos estructurales es un fenómeno que se extiende rápidamente en el seno de la práctica jurídica actual. Este trabajo se articula con la intención principal de analizar los cauces procesales más frecuentemente utilizados en el marco de estas estrategias, con el objetivo de estudiar los aspectos prácticos que deben tomar en consideración los profesionales de la Abogacía.

Asimismo, se hará hincapié en los matices propios de los litigios en materia de Derechos Humanos en la jurisdicción contencioso-administrativa española, sirviendo de ejemplo los casos más emblemáticos en esta materia de las últimas décadas del sistema jurídico español. Por último, se estudiará el papel clave del abogado en el desarrollo de estas estrategias judiciales, actor fundamental en el diseño y enfoque de la acción legal.

Palabras clave: litigio estratégico, derecho administrativo, derechos humanos, aspectos procesales.

Listado de abreviaturas

EGAE Estatuto General de la Abogacía Española

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

LJCA Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa

CERMI Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CDFUE Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CAT Comité contra la Tortura

CEDAW Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

CE Constitución Española

LOPJM Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

LOTIC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Sumario

INTRODUCCIÓN.	89
1. CONCEPTO DE LITIGIO ESTRATÉGICO, FINALIDADES Y CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL.	91
2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO SEDE PARA EL LITIGIO ESTRATÉGICO.	97
2.1. Legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.	97
2.2. La inactividad de la administración como actividad impugnabile a través del recurso contencioso-administrativo.	103
3. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.	107
3.2. Los dictámenes de los órganos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.	109
4. EL PAPEL ESENCIAL DEL ABOGADO EN EL LITIGIO ESTRATÉGICO.	114
5. ESTUDIO DE CASO. EXIGENCIA DE VISADO A MENORES DE MARRUECOS PARA PROCEDER A SU EMPADRONAMIENTO.	118
6. CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	122
Otros materiales	125
Listado de jurisprudencia utilizada	125

INTRODUCCIÓN.

El litigio estratégico se ha consolidado como una herramienta clave en la promoción de cambios estructurales en el seno de las sociedades democráticas actuales. Este tipo de estrategia legal, que pretende provocar un impacto colectivo a partir de una concreta controversia, ha aumentado de forma vertiginosa en la última década. Los medios de comunicación se hacen eco de los pronunciamientos judiciales vinculados con este tipo de litigios y en muchas ocasiones tienen efecto directo en prácticas administrativas, leyes o desarrollo de políticas públicas.

En el contexto español, la presencia de este tipo de programas ha experimentado un incremento progresivo fruto trabajo en conjunto de distintos actores, tal y como se analizará en este estudio. Los desafíos a los que se enfrenta la sociedad actual requieren de nuevas herramientas, también dentro del mundo del derecho. Es por esto por lo que distintas instancias internacionales ya se han pronunciado sobre los beneficios de este tipo de acciones en el escenario de las sociedades democráticas.

Asimismo, se ha escogido el estudio de este fenómeno en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se vincula intrínsecamente con el objetivo de alto impacto del litigio estratégico, al dirigirse directamente contra la actuación de la Administración Pública, pretendiendo conseguir no únicamente la satisfacción del caso personal sino la modificación de prácticas administrativas.

El abogado se convierte en este contexto en una pieza clave del diseño de la estrategia procesal, adquiriendo la misma relevancia su capacidad técnico-jurídica del concreto proceso, y su visión crítica y táctica. Su papel en este tipo de litigios va más allá de la defensa judicial del caso, debiéndose orientar al trabajo en colaboración con distintos actores y a la comprensión y coherencia con el contexto social, ético y político en el que se desarrolla el objeto del litigio.

Son las razones anteriormente expuestas las que justifican y avalan este trabajo, que identifica como principal objetivo, el estudio de los aspectos procesales que serán pertinentes para el desarrollo del litigio estratégico en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, con el propósito de mejorar e influir en las estrategias elegidas en la práctica jurídica de este. Si bien cada caso es único y debe seguir el proceso judicial más adecuado conforme a sus características, lo cierto es que se observan en la práctica una serie de alternativas más ajustadas para la consecución del objetivo principal del litigio estratégico: el impacto estructural.

Además, se pretende analizar, desde el punto de vista del profesional de la Abogacía, las herramientas y obstáculos, tanto a nivel nacional como internacional, que se deben tener presentes en el desarrollo de este tipo de estrategia, además de los posibles dilemas éticos y deontológicos a los que se puede enfrentar el abogado en su desarrollo.

Mientras que en los dos primeros capítulos se dirigirá el análisis a una conceptualización y comprensión general del concepto del litigio estratégico y distintos aspectos procesales relevantes de este, el tercer capítulo profundizará en el estudio jurisprudencial y doctrinal de los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ámbito en el que destaca en España el desarrollo del litigio estratégico, y de qué forma se pueden implementar en el proceso judicial español.

Asimismo, se dedicará un capítulo al análisis del rol diferenciador ostenta el abogado dentro de esta concreta estrategia, en la que adquiere una responsabilidad y diligencia adicionales, debiendo de incorporar una serie de herramientas profesionales que no son tan habituales en el desarrollo del ejercicio de la Abogacía. Se hará un breve repaso de otras herramientas, vinculadas con el ámbito del derecho y el desempeño de la abogacía, cuyo uso adquiere especial utilidad en el marco del desarrollo práctico de esta estrategia.

Por último, se expondrá un caso de litigio estratégico con la finalidad de poder analizar en la práctica los conceptos estudiados en los capítulos anteriores, y que permitirá una comprensión mayor de las características y el alcance de este tipo de estrategia legal. En un último capítulo y a modo de conclusión, se remarcarán los aspectos clave tratadas y se reflexionará sobre las lecciones pendientes identificadas a lo largo de su desarrollo.

I. CONCEPTO DE LITIGIO ESTRATÉGICO, FINALIDADES Y CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL.

Resulta complejo formular una única definición del concepto de litigio estratégico, en gran parte debido a la ausencia de textos legales que hagan referencia a este fenómeno, al tratarse principalmente de la finalidad perseguida de una concreta estrategia legal, procesal y de incidencia.

Su práctica, tal y como se ha avanzado en la introducción de este trabajo, se ha incrementado tanto nacional como internacionalmente, captando el interés de la comunidad académica, que ha comenzado a teorizar sobre esta cuestión desde una perspectiva legal.

En la revisión de la literatura al respecto, se encuentran algunas referencias en relación con la conceptualización del litigio estratégico¹. En esta línea destaca el trabajo de VAN DER PAS², que pone el foco de su estudio precisamente en el desarrollo de una definición que englobe la totalidad de las vertientes de este fenómeno: *"Consiste en la (o la intención) de acción legal a través de un mecanismo judicial con el objetivo de asegurar un resultado, sea por la parte afectada o en beneficio de la parte afectada y esa litigación se usa como medio para conseguir ciertos objetivos"* [traducido del inglés].³

Entre los objetivos destacados en el artículo referenciado, de forma acertada se identifican que serán aquellos que busquen un cambio legal, político o social, con la pretensión de que el interés individual representado en el litigio estratégico tenga, a su vez, un impacto estructural en la sociedad. Se constata que se convierte en un fenómeno que busca un impacto colectivo en una gran variedad de sectores y con una diversidad muy amplia respecto a su temática.⁴

1. Véase CEBULAK P., MORVILLO M. y SALOMON S. "Strategic Litigation in EU Law: Who does it Empower" German Law Journal, 2024, Vol. 25, Núm. 6, p. 805.

2. "Conceptualising strategic litigation", Oñati Socio-Legal Series, 2021, Vol. 11, Núm. 6, cit. p. S126.

3. De forma similar se definía este fenómeno en CEBULAK P., MORVILLO M. y SALOMON S. "Strategic Litigation in EU Law: Who does it Empower" ob. cit. p. 800, señalando que es una estrategia que puede ser utilizada por varios actores, con independencia de sus intereses, siendo su punto en común la intención de influenciar en políticas públicas y procesos políticos.

4. De hecho, en España se han llevado a cabo numerosas estrategias de litigio estratégico en materia de transparencia, siendo una de las más conocidas la llevada a cabo por la fundación CIVIO en materia de transparencia logarítmica de los sistemas automatizados y de inteligencia artificial en el marco de los procedimientos administrativos. El caso concreto se originó a raíz del funcionamiento de una aplicación denominada BOSCO, que determinaba el cumplimiento de los requisitos de las personas solicitantes del bono social. La fundación CIVIO solicitó, entre otras cuestiones, el código fuente de esta aplicación. Este asunto, dada su especial trascendencia en el funcionamiento de los órganos administrativos, ha llegado al Tribunal Supremo, que con fecha 27 de noviembre de 2024 ha dictado el ATS 14188/2024 (ECLI:ES:TS:2024:14188A) verificando la concurrencia de interés casacional objetivo del recurso. En el

Con cierta frecuencia, encontramos artículos⁵ que restringen el estudio del litigio estratégico a los actualmente populares litigios medioambientales o a aquellos que persiguen un impacto positivo en un colectivo vulnerable. En este tipo de supuestos, considera el uso y acceso a otro tipo de mecanismos y jurisdicciones internacionales, vinculando la concreta pretensión con la vulneración de Derechos Humanos contemplados en el CEDH o en tratados internacionales de este ámbito. Con el objetivo de estudiar con más profundidad, que es la empleada actualmente por distintas entidades de la sociedad civil, clínicas universitarias, departamentos pro-bono o despachos especializados en el ámbito español, se dedicará un capítulo al análisis de estos instrumentos.

El origen del litigio estratégico, y sin ánimo de realizar en este trabajo un estudio exhaustivo del mismo o de su evolución, se apunta por varios autores⁶ en el caso *Brown c. Board of Education of Topeka*, que tuvo lugar en la jurisdicción estadounidense con fecha 17 de mayo de 1954. Resulta muy útil la referencia al caso en cuestión en este apartado, ya que permite comprender el potencial alcance de esta estrategia y su eventual aplicación en los sistemas democráticos actuales.

El iter procesal de este caso se concretizaba en el supuesto de hecho de una niña negra que debía desplazarse a pie por toda la ciudad para poder llegar a una determinada escuela pública, en vez de acudir a otras escuelas, públicas también, más cercanas a su vivienda. La razón de ser de esa situación era la existencia de sistema de segregación racial en las escuelas próximas a su residencia, al estar prohibida la entrada y matriculación a los niños negros.

El recurso, interpuesto por varias familias representadas por una asociación de defensa de derechos civiles, contra el Consejo de Educación, fue resuelto en favor de los demandantes, declarando la inconstitucionalidad de la segregación racial en los colegios. Este caso precisamente se identifica como uno de los orígenes del litigio estratégico o litigio de interés público, debido a que este pronunciamiento marcó el inicio de una serie de reformas estructurales y otros litigios que acabaron con el sistema de segregación racial, no únicamente en el ámbito educativo, sino en la totalidad de sectores de la sociedad estadounidense⁷.

momento de redacción del artículo, el Tribunal Supremo todavía no ha dictado Sentencia, por lo que se dificulta el análisis final del impacto social de la misma. No obstante, sirve como ejemplo perfecto para ilustrar el tipo de alcance que puede alcanzar el litigio estratégico.

5. Vid. GASCÓN CUENCA, A., "La evolución de la enseñanza jurídica clínica en las universidades españolas: oportunidades y desafíos de la litigación estratégica en las clínicas de derechos humanos", *Revista de educación y derecho*, 2016, Núm.14, pp.9-10.

6. Entre estos autores, se puede destacar a CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., "Litigio estratégico y acceso a la justicia de colectivos en condición de vulnerabilidad: análisis jurisprudencial de su aplicación en España en materia de discapacidad", en CARRISO GONZÁLEZ A. (Dir.) y TIerno BARRIOS, S. (Coord.), *Acceso igualitario a la justicia y vulnerabilidad*, Madrid, Dykinson, 2025, pp. 37-58; y UCÍN, M.C. "Litigio de Interés Público", *Revista en Cultura De La Legalidad*, 2017, Núm. 12, pp. 246-255.

7. MAYER TOTOLA BRITTO, L., MASCARENHAS KARNINKE, T., "O caso Brown v. Board education, medidas estruturantes e o ativismo judicial", *Anais do Congresso de Processo Civil Internacional*, 2019, Vol.4, pp.

De esta forma, se toma históricamente esta sentencia como el punto de partida del final de la doctrina "*separados pero iguales*" que gobernaba hasta ese momento.

Si bien se puede localizar su inicio en Estados Unidos, el litigio estratégico ha vivido su verdadero apogeo en los países de América Latina, los autores explicando esta cuestión en la falta de coincidencia entre el reconocimiento de derechos y su verdadero disfrute⁸. Por consiguiente, se encuentra en la literatura existentes numerosos trabajos en el marco de estas jurisdicciones que, si bien no son aplicables a nuestro ordenamiento jurídico, presentan un gran interés desde el punto de vista del derecho comparado.

En el contexto español, se podrían señalar tres puntos focales donde se han desarrollado y se encuentran los estudios y guías más ampliamente explicadas acerca de este tipo de estrategia: las clínicas jurídicas, especialmente las de las universidades, las fundaciones y asociaciones de la sociedad civil y los despachos de abogados, en muchas ocasiones como parte del departamento o iniciativas pro-bono o en el caso de despachos especializados en la defensa de Derechos Humanos.⁹

Sin embargo, en pocas ocasiones los litigios estratégicos son producto de un único actor, sino que son fruto de la interconexión de varios de estos, en la que se escoge el valor añadido de cada uno para poder desarrollar una estrategia. Es aquí donde se produce el vínculo tradicional en el mundo del derecho, entre los intereses de un grupo de personas y el deber de defensa de estos por parte de los profesionales de la Abogacía, siempre con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho, tal y como desarrolla el artículo 1.1 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE).

Un ejemplo ilustrativo de la unión de estos actores en el contexto español, que de nuevo resulta de utilidad para esclarecer en la práctica los conceptos teóricos enunciados, es la iniciativa ganadora de la octava edición de los premios Expansión Jurídico a la mejor iniciativa pro-bono, liderada por Uría Menéndez que consiguió el reconocimiento judicial de la nacionalidad española a una menor apátrida¹⁰. Tal y como se constataba en la noticia publicada por el

277-248. También sobre esta cuestión se pronunciaba PUGA, M.G., "La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education", Revista Ideas & Derecho, 2013, Tomo 1, Núm.9.

8. TIerno BARRIOS, S., "El litigio estratégico como instrumento de garantía del derecho de acceso a la justicia y empoderamiento de las personas migrantes a la luz del Pacto Mundial para la Migración" en CENTENO MARTÍN, H. Y ANDRÉS LLAMAS, M.A. (Dirs.) Procesos migratorios y desafíos en el marco del pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular, Salamanca, 2023, pp. 167-178.

9. La existencia de estos despachos especializados en el escenario nacional es bastante reciente, encontrándose ejemplos como MEDUSA o Gentium, que buscan la profesionalización de la defensa de los derechos humanos.

10. Fundación Profesor Uría. "Nuevo reconocimiento al trabajo pro bono realizado por Uría Menéndez e

despacho de abogados, este litigio tuvo lugar en el marco del Programa Ödos, liderado por la Fundación EMET, cuyo objetivo se centra en el colectivo de apatridia infantil. Con este reconocimiento judicial, no se perseguía únicamente el reconocimiento particular de la menor, sino establecer un precedente judicial que sirviese en posteriores casos para erradicar la apatridia infantil.

Cómo se puede constatar en este ejemplo, parece clave la intervención de fundaciones, asociaciones y clínicas jurídicas que detecten casos concretos susceptibles de ser articulados como litigio estratégico, así como posibles políticas públicas o prácticas administrativas que no protejan adecuada y suficientemente determinadas situaciones de hecho. Asimismo, resulta igualmente esencial la incorporación de perfiles técnicos en el ámbito jurídico y procesal, como los que se encuentran en los despachos y profesionales de la Abogacía, para presentar, diseñar y argumentar el concreto caso de litigio estratégico en el marco de la legalidad y procesos judiciales vigentes.

Por último, con el objetivo de finalizar este breve barrido sobre el panorama nacional del fenómeno de estudio, es interesante realizar un análisis de la guía publicada en la página web de la Fundación Secretariado Gitano¹¹ acerca del litigio en materia de Derechos Humanos. Esta fundación, es una de las primeras, en el panorama nacional, que aplicó los preceptos del litigio estratégico en sus casos, en particular en los supuestos de discriminación hacia la comunidad gitana.¹²

De especial interés resulta el análisis que se realiza en este documento respecto del efecto y el alcance del litigio estratégico en función del tipo de sistema: *"En los sistemas de derecho consuetudinario, el hecho de ganar un caso establece un precedente necesariamente. En los sistemas de derecho civil, el precedente no es vinculante para el tribunal que instruye un caso similar, pero sí sirve de incentivo fuerte para que lo tenga en cuenta"*¹³. De esta forma, ya se antecede que, en sistemas como el español, el reconocimiento judicial de la cuestión litigiosa no va a ser siempre vinculante.

En países donde opera el sistema anglosajón, los precedentes judiciales

impulsado por la Fundación Profesor Uría" [entrada página web] Disponible en: <https://www.fundacionprofesoruria.org/noticias/Nuevo-reconocimiento-al-trabajo-pro-bono-realizado-por-Ur-a-Men-ndez-e-impulsado-por-la-Fundaci-n-Profesor-Ur-a.html>

11. NET-KARD PROJECT, "Litigio en materia de derechos humanos y Comunidad Gitana. Una guía para abogados", 2014. Madrid, Ned-Kard Project

12. Una línea en el ámbito del litigio estratégico en sede contencioso-administrativa de esta fundación son los procesos iniciados en relación con los desalojos forzados de familias gitanas sin seguir los procedimientos legales. Ya han obtenido varios pronunciamientos estimatorios que están utilizando para realizar incidencia acerca de la situación existente.

13. NET-KARD PROJECT, "Litigio en materia de derechos humanos y Comunidad Gitana. Una guía para abogados", ob.cit. p. 16.

adquieren una importancia vital, ya que se trata de un derecho esencialmente jurisprudencial¹⁴, llamándose comúnmente un tipo de derecho de "*case law*", en los que el precedente es vinculante¹⁵. De esta forma, a efectos de litigio estratégico cuentan con una gran ventaja, al tratarse de sistemas habitualmente más flexibles y con una mayor adaptación a la transformación social¹⁶.

Sin embargo, también se debe resaltar que el sistema continental, y en particular el español, no ha evolucionado a un sistema judicial poco integrado, estanco o sin ninguna vinculación. Ejemplo de ello son las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), cuyas interpretaciones adquieren un rango superior¹⁷, al tratarse de un órgano jurisdiccional con una naturaleza mixta, que le permite constituirse como la autoridad en materia de interpretación constitucional.

Asimismo, también se desarrolla en distintos trabajos la "*fuerza vinculante*" en el caso de las sentencias del Tribunal Supremo¹⁸. No obstante, en el supuesto del Tribunal Supremo (en adelante, TS), se debe recordar lo expresado en su propia STS 927/2007, de 26 de noviembre de 2007¹⁹, tal y como rescata DOLORES RUIZ²⁰ en su artículo, en la que se subraya el principio de independencia judicial.

Por ende, el propio TS matiza que su jurisprudencia deberá ser interpretada con prelación, no así con jerarquía, de forma que los distintos órganos jurisdiccionales se podrán apartar de su jurisprudencia siempre que se desarrolle la justificación pertinente. De este modo se observa que, si bien el precedente judicial en el sistema español no cuenta con el valor otorgado en otros sistemas como el anglosajón, es innegable que las sentencias del TS podrán fijar una interpretación o doctrina que deberá ser tenida en cuenta por el resto de los órganos jurisdiccionales.

Dentro de los tipos de procedimientos que se estudiarán en el desarrollo de este trabajo, se pondrá el foco en las herramientas de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como se ha adelantado en el apartado de la introducción, así como los obstáculos, en aplicación del fenómeno del litigio estratégico que, tradicionalmente, se ha dirigido contra los Estados y la administración pública.

14. Vid. FALCÓN Y TELLA, M.J., "El precedente anglosajón" en FALCÓN Y TELLA, M.J., La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 33-56.

15. Vid. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación", Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales, 2006, Núm.4, p. 131.

16. Vid. GONZÁLEZ SOLÓRZANO, G.S., "Comparación entre Sistema Anglosajón y Régimen Administrativo: Implicaciones para la Protección de Derechos", Revista Científica Internacional, 2024, Vol.11, Núm.1, p. 464.

17. Vid. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación", ob.cit.p. 133.

18. Vid. LÓPEZ GUERRA, I. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", Actualidad Jurídica Aranzadi, 2000, Núm. 442, pp.1-4.

19. Número de Recurso: 1127/2000 (ECLI:ES:TS:2007:7783)

20. RUIZ RESA, J.D. "Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar" Boletín mexicano de derecho comparado, 2023, Vol. 56, Núm. 168, p.123.

Es por esta razón que también se analizarán las características de este tipo de litigios cuando alcanzan el plano internacional.

Tal y como subraya en su artículo CEROFOLINI, es cierto que con el auge del litigio climático²¹, se ha popularizado un tipo de litigio dirigido contra las empresas, tomando el enfoque del derecho de daños y la responsabilidad civil contractual y extracontractual, cuestión que debía ser referenciada con el objetivo de completar el estado de la cuestión en el escenario nacional.

21. "El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿Qué repercusiones tiene para las empresas? Revista Española De Empresas y Derechos Humanos, 2024, Núm.2.

2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO SEDE PARA EL LITIGIO ESTRATÉGICO.

2.1. Legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Resulta de esencial interés abordar en primer lugar la legitimación activa en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que es una cuestión que ha dado lugar a numerosas controversias en el ámbito del litigio estratégico. Si bien la legitimación individual como afectado no se cuestiona habitualmente, existe una amplia doctrina jurisprudencial relativa a la capacidad de las entidades de la sociedad civil para presentarse como parte en el proceso judicial.

En una gran variedad de ocasiones, como se estudiará a lo largo de este trabajo, ante un incumplimiento sistemático por parte de la Administración que afecte indistintamente a un grupo de personas o, incluso, a la sociedad como conjunto, aporta un gran valor la personación de estas entidades como legitimadas. Se trata de una cuestión que el abogado debe ponderar, ya que, en determinadas circunstancias, puede ser más sencillo plantear el litigio desde una fundación o asociación que desde una persona concreta.

En primer lugar, se debe realizar un primer inciso para recordar que el concepto de legitimado en el procedimiento administrativo contiene algunas diferencias respecto del propio en la jurisdicción contencioso-administrativa. Este trabajo estudiará esta segunda definición, por ser pertinente en relación con el objeto del análisis.

Es la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), la que regula, en su artículo 19 la legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin ánimo de querer realizar un estudio exhaustivo del contenido de este artículo, cabe destacar una serie de legitimados, que se expondrán a continuación en su tenor literal del citado texto normativo y serán de utilidad para este concreto apartado.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.[...]

h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.

i) Para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación e intolerancia, además de las personas afectadas y siempre con su autorización, estará también legitimada la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, y a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso discriminatorio.

j) Para la defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales,

[...]

k) Los sindicatos estarán también legitimados para actuar, en nombre interés del personal funcionario y estatutario afiliado a ellos que así lo autorice, en defensa de sus derechos individuales, recayendo sobre dichos afiliados los efectos de aquella actuación.

El apartado j), que, por cuestiones de forma de este trabajo, no se encuentra desarrollado de forma completa, viene a incorporar el mismo esquema que el apartado h) relativo a la defensa de la no discriminación. Ambos incisos son producto de la Disposición final tercera de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

En un principio, parecía que, con esta modificación, se abría un panorama favorable para la legitimación de asociaciones dedicadas a la lucha contra la discriminación. Sin embargo, lo cierto es que con esta redacción no parece que se solucione el problema existente apuntado por diversos profesionales y discutido en la doctrina, ya que limita la legitimación a aquellas organizaciones que, independientemente su naturaleza, contemplen en sus estatutos la defensa y promoción de derechos humanos o derechos de las personas LGTBI.

De esta forma, se crea una doble vía para los casos de discriminación y de la Ley 15/2022, además de un apartado específico para la defensa de los derechos de las personas LGTBI. Por una parte, las asociaciones que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos en un caso y los derechos de las personas LGTBI en otro, podrán estar legitimadas siempre que cuenten con la autorización de la persona que haya sido víctima de la discriminación. Por otra parte, estas mismas asociaciones, grupos de consumidores, organismos políticos... podrán estar legitimados cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.

Si bien, en atención al desarrollo jurisprudencial que se estudiará a continuación, puede parecer razonable una modificación legal en la que se incluyan los supuestos de legitimación activa para asociaciones y entidades en determinados supuestos, podría resultar de mayor utilidad la incorporación las cuestiones desarrolladas por el TS en esta materia e incorporar una serie de requisitos generales relativos a los estatutos y las actividades de estas entidades.

El resto de las asociaciones y fundaciones de la sociedad civil, con excepción de la acción medioambiental que también encuentra su propia habilitación legal, cuentan en principio únicamente con el apoyo del artículo 1 b) transcrito en el párrafo anterior, ya que la acción popular está señalada para los casos expresamente previstos por las Leyes. De esta forma, los distintos actores se ven obligados a defender el interés legítimo en la concreta causa, concepto también desarrollado por la jurisprudencia aplicable.

Como se acaba de apuntar, en el marco del medio ambiente sí está prevista la acción pública en materia de medio ambiente, tomando como punto de partida las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Es en su artículo 22 en el que establece la posibilidad de ejercer la acción popular en el caso de acciones y omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 de la citada ley, delimitando que serán las personas jurídicas sin ánimo de lucro que estén legitimadas para ello según los requisitos desarrollados en el artículo 23:

a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.

b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

Una cuestión en parte similar se observa en el caso de la legitimación en la defensa de derechos e intereses legítimos de las personas con discapacidad, tal y como se indica en el artículo 76 del Real Decreto Legislativo 1/2023, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, que establece que, las personas jurídicas legalmente habilitadas "para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen [...]", por lo que entidades como Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI, cuya acción de litigio estratégico será también objeto de estudio en este trabajo) estarían legitimadas igualmente a través del mecanismo del interés legítimo del artículo 19.1. b).

A este respecto es muy interesante el análisis de sentencias que realiza ARADAS GARCÍA²² en su artículo, dedicado precisamente a la legitimación de asociaciones o fundaciones en vía contencioso-administrativa.

En primer lugar, evoca la STC 28/2009, de 26 de enero de 2009²³, donde resume la doctrina de interés legítimo de la siguiente forma, en su fundamento jurídico segundo: *"jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta" hemos precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad [...]"*.

22. ARADAS GARCÍA, F. "Legitimación de asociaciones o fundaciones en vía contencioso administrativa", *Blog Jurídico Administrativo*, 2025 [entrada web]. Disponible en: <https://www.juridicoadministrativo.es/legitimacion-de-asociaciones-en-via-contencioso-administrativa/>

23. Número de Recurso: 10292-2006 (ECLI:ES:TC:2009:28).

Aunque son varias las Sentencias del TS respecto de la legitimación activa en el orden contencioso-administrativo, cabe traer a colación una sentencia tan relevante como lo es la STS 1611/2023, de 30 de noviembre del 2023²⁴.

La razón de referenciar este pronunciamiento es que precisamente realiza un repaso acerca de la doctrina del TS relativa a la legitimación activa de las fundaciones en el orden contencioso-administrativo. Se observa que es a raíz de sus pronunciamientos cómo se puede entender la delicada delimitación que realiza el Alto Tribunal respecto de este asunto, coincidiendo en este caso con la impugnación del nombramiento de la Presidenta del Consejo de Estado.

Se solicitaba por parte de la Abogacía del Estado, precisamente la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de la Fundación HAY DERECHO. Sin embargo, la propia Fundación argumentaba en su recurso que se encontraba facultada por sus Estatutos para este tipo de impugnaciones, estando su legitimación fundada en una *"autoatribución estatutaria"*.

El citado Tribunal dedica su fundamento jurídico cuarto a realizar un repaso de la trayectoria de pronunciamientos respecto de la legitimación activa de supuestos de entidades similares, en concreto a partir del año 2000, momento en el que se observa una evolución progresivamente más flexible respecto a este asunto.

De forma ejemplificativa, y sin querer hacer de este trabajo un estudio completo de la casuística de los pronunciamientos relativos, resulta curioso citar y desarrollar de forma breve dos de las sentencias referenciadas en el pronunciamiento del TS, ya que se constata que la misma entidad, CONVIVENCIA CÍVICA CATALANA, ve reconocida en una de ellas la legitimación activa en el orden contencioso-administrativo, mientras que en la otra no. De esta forma, se puede constatar en estos pronunciamientos la fina y difusa línea que delimita este concepto.

En orden cronológico, cabe comenzar con la STS 2624/2014, de 13 de junio de 2014²⁵, que no reconoce la legitimidad activa de la asociación, en la que la asociación CONVIVENCIA CÍVICA CATLANA recurría un decreto relativo a la acreditación del conocimiento lingüístico del profesorado de las Universidades Catalanas.

El interés casacional se aprecia en el pronunciamiento en la cuestión relativa a la capacidad de las entidades para acceder a la jurisdicción mediante una *"autoatribución estatutaria"* basada en el objeto social. En este caso, el Tribunal concluye que el objeto social de la concreta asociación resultaba demasiado

24. Número de Recurso 918/2022 (ECLI:ES:TS:2023:5059)

25. Número de recurso 2635/2012 (ECLI:ES:TS:2014:2624)

amplio y genérico, al referirse a los derechos y libertades fundamentales, al principio de igualdad, los valores democráticos... considerando que existía un "marco delimitado de personas directamente concernida por la disposición", no siendo ese interés aplicable a una asociación que, como indica el tribunal, se articula en términos abstractos en los que se podría integrar cualquier persona.

Con menos de un año de diferencia, el TS se vuelve a pronunciar sobre la legitimación activa de la misma asociación en su STS 1874/2015, de 5 de mayo de 2015²⁶, en este supuesto a favor de esta en el caso de la impugnación de un Reglamento para el uso de las lenguas oficiales. Es el propio tribunal el que cita su anterior sentencia para explicar la razón de esta divergencia. Según el contenido de la sentencia, en este caso cabe matizar la doctrina relativa a aquellas asociaciones cuyos estatutos indican fines genéricos.

En consecuencia, cita la STS 4460/2008, de 25 de junio de 2008²⁷, para adoptar su tesis relativa a la existencia de determinadas asociaciones que se encuentran "*invertidas de un especial interés legítimo colectivo*", por lo que actúan "*en defensa de unos intereses colectivos que quedan afectados por el carácter positivo o negativo de la decisión administrativa que se impugna*". De esta forma, se observa que el criterio que escoge el TS es que, en el caso de asociaciones cuyos fines son genéricos, la acción u omisión recurrida debe tener afectación precisamente en el interés colectivo o general.

De este modo, la propia sentencia STS 1611/2023 resume en un último apartado del citado fundamento jurídico que el requisito principal para considerarse acreditado este interés legítimo es la relación de la concreta entidad con la cuestión de fondo, tomándose en consideración tanto los fines estatutarios como las actuaciones efectivas desarrolladas en su trayectoria. Asimismo, el propio tribunal aprecia la existencia en su propia jurisprudencia de una tendencia "*hacia un entendimiento menor rígido del interés legítimo necesario para fundamental la legitimación activa*".²⁸

En un sentido similar se ha vuelto a pronunciar el mismo tribunal en su recentísima STS 679/2025, de 2 de junio de 2025²⁹, tratándose de nuevo de la legitimación de la misma Fundación en este caso por el nombramiento de Don Mariano Bacigalupo como miembro del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Es en su fundamento jurídico quinto en el que reitera la posición cualificada de la fundación y su idoneidad para impugnar este acto con base a la profesionalidad y neutralidad de las instituciones públicas y, en concreto, en los nombramientos del sector público.

26. Número de recurso: 1600/2013 (ECLI:ES:TS:2015:1874).

27. Número de recurso: 905/2007 (ECLI:ES:TS:2008:4460).

28. Fundamento Jurídico Quinto de la STS 1611/2023.

29. Número de Recurso: 1439/2023 (ECLI:ES:TS:2025:2497).

En consecuencia, se observa en pronunciamientos como el ATS 1031/2025, de 28 de enero de 2025³⁰, en el que el TS no reconoce la legitimidad activa de la asociación LIBERUM para impugnar la inactividad del Gobierno central en la gestión de las inundaciones de la Comunidad Valenciana, con base a la insuficiencia en este caso de las autoatribuciones estatutarias, además de recordar que la razón legitimadora no se puede sustentar en el *"mero interés abstracto en defensa de la legalidad"*.

2.2. La inactividad de la administración como actividad impugnabile a través del recurso contencioso-administrativo.

Si bien puede parecer baladí la posibilidad establecida en el artículo 25.2 LJCA de impugnación de la inactividad administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que se trata de un instrumento que resultará de gran utilidad en términos de litigio estratégico ya que, entre las potestades de la actuación administrativa, se incluye la reglamentaria, que será una de las grandes precursoras de políticas públicas.

Por consiguiente, el recurso contencioso-administrativo por inactividad reglamentaria o similar, se vuelve una herramienta clave en la consecución de objetivos fijados por los instrumentos legales nacionales o internacionales, y es por esta razón por la que en este apartado se pretende analizar el alcance de este tipo de recurso.

El artículo 29.1 LJCA regula el cauce procesal de este tipo de recurso contencioso-administrativo, que establece el siguiente orden y requisitos:

"Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración."

De este precepto legal se extrae una idea comprensible: no cualquier inactividad administrativa es ilegal, del mismo modo que no toda inactividad administrativa puede ser controlable jurisdiccionalmente³¹. De esta forma, el concreto órgano judicial debe pronunciarse sobre la prestación de obligado

30. Número de recurso: 718/2024 ECLI:ES:TS:2025:1031A).

31. REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa", Cuadernos de Derecho Local, 2006, Núm. 11, pp.12-13.

cumplimiento, pero de ninguna forma puede sustituir a la administración competente en el desarrollo de su correspondiente potestad³².

Es la propia exposición de motivos de la citada ley la que explica la razón de ser del recurso contra la inactividad de la Administración, definiéndole como un *"instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones indebidas"* pero añadiendo la idea reiterada en el párrafo anterior de que en la cognición de este tipo de recurso por el órgano judicial no debe sustituirse a la administración obligada, ni invadir sus funciones.

Asimismo, ha sido determinante en el desarrollo de esta figura el TS, que con sus pronunciamientos ha ido delimitando el alcance y contenido de esta previsión legal. En relación con la aprobación de reglamentos, cabe citar la STS 300/2023, de 8 de marzo de 2023³³, en la que la Sala Tercera se pronunciaba sobre el incumplimiento de una disposición legal (Disposición final cuadragésima quinta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021), que daba un plazo al Gobierno para la aprobación de un reglamento. La interposición del recurso se producía, lógicamente, por el incumplimiento del órgano administrativo del plazo impuesto.

Es en su fundamento jurídico cuarto en el que expone la siguiente cuestión *"hay que concebir la potestad reglamentaria como una potestad susceptible de integrar el contenido de un deber legal de obrar jurisdiccionalmente exigible. Ese deber legal no tiene autonomía o sustantividad propia sino que se integra en el más genérico deber de asegurar la ejecución de las leyes"*, aclarando que, ante todo, la administración tiene el deber de cumplir y ejecutar la ley.

De este modo, este cauce procesal se convierte en el idóneo para que un litigio estratégico se enfoque en la consecución de un objetivo con un alcance mayor, ya que su fin, en sí mismo, apunta a un propósito global.

Cabe traer a colación dos sentencias del TS en las que se puede apreciar este litigio de alto impacto y cómo se cumplen los requisitos de este instrumento procesal: la STS 3410/2023³⁴, de 18 de julio del 2023, que se puede catalogar como el primer caso de litigio climático de nuestro país, y la STS 384/2019, de 20 de marzo de 2019³⁵, estimatoria del recurso planteado por el CERMI frente a la inactividad del Gobierno español por la no aprobación de un reglamento relativo a las condiciones de accesibilidad y fijado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad.

32. REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa", ob.cit. p.16.

33. Número de recurso: 431/2021 (ECLI:ES:TS:2023:846).

34. Número de recurso: 265/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3410).

35. Número de recurso: 691/2017 (ECLI:ES:TS:2019:894).

Si bien en la primera de las sentencias el motivo relativo a la inactividad administrativa formal decayó por haberse aprobado el PNIEC en el transcurso del procedimiento judicial, se reafirma en ambas que este cauce no será el idóneo cuando se requiera un procedimiento contradictorio antes de su resolución o en la que se precisen actos de aplicación.

Asimismo, se observa en ambas ocasiones una interpretación amplia y flexible por parte del Tribunal de la "*prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas*", ya que en las dos controversias se recoge la oposición de la Abogacía del Estado frente al cumplimiento de este requisito y en ambas el TS lo considera implícitamente cumplido, si bien eran organizaciones de la sociedad civil que, en virtud de cauces de legitimación activa diferentes, eran las que presentaban el recurso.

La STS 3410/2023, como se ha adelantado, seguía la estela de casos tan emblemáticos como KlimaSeniorinnen [Señoras Mayores por el Clima] contra Suiza, que culminó en una Sentencia del TEDH favorable³⁶, que el pasado 9 de abril de 2024, determinaba la vulneración de derechos humanos (en particular, del artículo 8 CEDH, relativo a la vida privada y familiar) por parte del gobierno suizo ante la insuficiencia de medidas contra el cambio climático pactadas en los tratados internacionales³⁷.

En el caso español los demandantes, en este supuesto GREENPACE ESPAÑA, ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA y OXFAM INTERMÓN, se apoyaban en el Reglamento (UE) 2019/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, que en su artículo 3.1 establecía la obligación de los Estados miembros de la comunicación de su plan nacional integrado de energía y clima con fecha límite del 31 de diciembre de 2019.

Por consiguiente, los recurrentes consideraban incumplida la obligación reglamentaria por parte del Gobierno, cuestión que acaba reconociendo el propio TS, al considerar el PNIEC como "un instrumento de planificación administrativa vinculante" al que resulta aplicable la doctrina sobre la inactividad formal normativa.

Sin embargo, aunque en el transcurso del proceso judicial se aprobó el citado plan, el TS considera oportuno pronunciarse, en este caso, sobre una posible

36. STEDH Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, de 9 de abril de 2024 (Application 53600/20).

37. En este sentido, es muy interesante el análisis que realizan DOROSTE HERNÁNDEZ, J. y MORENO-CERREJA DE LA CUESTA, P., "Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y Otros c. Switzerland (Application 53600/20)", Actualidad Jurídica Ambiental, 2024. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-suiza-cambio-climatico-inactividad-climatica/>

omisión reglamentaria de carácter sustantiva, tomando en consideración que la parte actora denunciaba el incumplimiento de un mandato que obligaba a la Administración "a asumir en el PNIEC un porcentaje de reducción de los gases de efecto invernadero" según las determinaciones del Acuerdo de París y el Plan Intergubernamental de Cambio Climático.

Si bien se desestima la demanda en atención a la no vinculatoriedad de estos instrumentos según la redacción del reglamento europeo, resulta muy ilustrativo del alcance que se puede llegar a tener prosiguiendo el cauce establecido en el artículo 29.1 LJCA³⁸.

En el caso STS 384/2019, como ya se ha adelantado, se trataba de un supuesto de inactividad puramente formal de la Administración, donde se inobservaba el plazo de dos años para aprobar "unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación", resultando en una sentencia estimatoria de las pretensiones de la parte recurrente y declarando la obligación del Gobierno de promulgar la norma reglamentaria prevista.³⁹

Por último, se puede extraer un último requisito, desarrollado por MORCILLO MORENO⁴⁰ en su artículo, que se extrae de la citada STS 384/2019, que indica que *"los tribunales también pueden controlar la inactividad u omisión reglamentaria cuando el silencio del reglamento suponga la «implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico»"*.

38. No obstante, esta cuestión en concreto no podría considerarse completamente estudiada, al haber emitido el Tribunal Constitucional un auto de admisión del recurso de amparo presentado por las organizaciones demandantes, por lo que se debe seguir con atención el estudio que hará el tribunal acerca del carácter vinculante de estos instrumentos. En el momento de redacción de este trabajo, el citado tribunal todavía no se ha pronunciado al respecto en sentencia.

39. En relación con este tipo de inactividad formal también resulta interesante comentar lo expuesto por la STS 553/2018, de 5 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1519) que prevé que únicamente salvarán su legitimidad constitucional cuando se trate de reglamentos o disposiciones en el contenido de una ley (como la de presupuestos) "con las que se guarde la necesaria conexión económica [...] o presupuestaria"

40. MORCILLO MORENO, J. "El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria, Revista de Administración Pública, 2019, 210, pp.316-317.

3. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.

Es el artículo 10.2 de la CE el que establece la siguiente cuestión: *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."*

Por consiguiente, se observa como el legislador constitucional pretendía dotar de un contenido adicional a los derechos fundamentales enunciados en la CE, asegurándose que su interpretación estuviese acorde con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos.

Es también relevante en este asunto el artículo 96.1 del texto constitucional, donde se incorporan los tratados internacionales y se indica que formarán parte del ordenamiento jurídico español una vez se proceda a su publicación oficial. Sin embargo, se constata esa protección adicional y preferente de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales⁴¹. Aun así, esta vinculación del artículo 10.2 CE tiene un alcance limitado, al no permitirse la inclusión de nuevos derechos fundamentales a raíz de estos tratados⁴².

Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) también presenta un cauce adecuado para la protección de los derechos fundamentales, siendo de aplicación la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), en este trabajo se ha escogido el estudio de órganos de Derechos Humanos por su mayor especialización, que hace que en muchas ocasiones se elijan como sedes más adecuadas para los litigios dirigidos a la defensa de Derechos Humanos.

3.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

De esta forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se convierte en una vía idónea para llevar el litigio estratégico cuando el objeto

41. CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", Revista de Estudios Jurídicos, 2012, Núm.12, p.3.

42. CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno...", ob.cit. p.8

de la controversia ha afectado a los Derechos Humanos. Además, el carácter subsidiario y suplementario⁴³ del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), permite que en muchas ocasiones los precusores del litigio estratégico se decanten por esta opción únicamente si la jurisdicción nacional correspondiente no se adecúa a lo establecido al citado convenio y la interpretación dada por el tribunal correspondiente.

Asimismo, el CEDH establece en su artículo 19 la obligatoriedad para las partes contratantes de conformarse y ejecutar las Sentencias del TEDH, que son vinculantes para estos. Sin embargo, existen diversas razones por las que la ejecución de estas sentencias conlleva una cierta problemática en la práctica.

La primera cuestión que merece un análisis es que las Sentencias del TEDH ostentan un carácter declarativo, es decir, los Estados asumen una obligación de resultado, encargándose de su cumplimiento⁴⁴, controlable asimismo por el Comité de ministros.

Sin embargo, es cierto que son varios los autores que han apuntado que la jurisprudencia de este tribunal progresivamente ha reducido el margen de apreciación⁴⁵, y para ello resulta de especial utilidad el artículo 41 del citado convenio, que establece que, en el caso de que la reparación llevada a cabo por el Estado no pueda reparar las consecuencias de violación de uno de los derechos, el TEDH tiene la potestad de conceder una satisfacción equitativa.

En cuanto a los mecanismos de ejecución de las Sentencias del TEDH a disposición interesados, resulta de especial relevancia el recurso de revisión, que fue introducido por la Ley Orgánica 7/2015, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial a través del artículo 5 bis, que establece la posibilidad de presentación de este tipo de recurso ante el Tribunal Supremo según las normas de cada orden jurisdiccional.

En el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, es el artículo 102.2 LJCA el encargado de regular el funcionamiento del recurso de revisión. Sin embargo, es preciso recalcar que el uso de este cauce procesal se prevé como última ratio, únicamente en el caso de que la violación del concreto derecho, *"por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas"*.⁴⁶

43. CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español". *Revista de las Cortes Generales*, Núm.66, 2005, p.106

44. CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español.", ob.cit. p. 97.

45. CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español.", ob.cit. p.97.

46. GUILLÉN LÓPEZ, E. "Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, Núm. 42, p.345.

Además de la problemática que presenta la elección del mecanismo por parte de los interesados para ejecutar la sentencia, a efectos de un litigio estratégico se contempla otra cuestión que ineludiblemente se convierte en un obstáculo para aquellas personas afectadas por el objeto de la controversia y el eventual efecto colectivo pretendido con esta estrategia judicial: la implementación efectiva de estas sentencias.

La European Implementation Network es una organización no gubernamental establecida con el objetivo de monitorizar la implementación de las sentencias del TEDH. Entre sus labores, destaca el seguimiento y monitoreo del cumplimiento por parte de las partes contratantes, redactando informes anuales que resumen esta cuestión en el marco de cada país.

La cuestión verdaderamente interesante de esta plataforma es que categoriza los casos y sentencias entre los denominados "*regular cases*" y los "*leading judgements*". La razón de esta distinción es que definen estos últimos como "*Aquellos que son más complicados de implementar que los casos normales, porque en varias ocasiones requieren un cambio en las leyes o prácticas con el objetivo de prevenir que la misma violación suceda de nuevo*"⁴⁷ [traducción del inglés]. En consecuencia, a efectos de este trabajo se podría relacionar estos casos con aquellos que consiguen realmente un impacto estructural en la correspondiente jurisdicción nacional, ya que contemplan un cambio en un sistema que permite la violación sistemática de un concreto derecho.⁴⁸

El Informe del año 2024, titulado "*Justice delayed and Justice denied: non-implementation of European Courts Judgements and the Rule of Law. 2024 Edition*", mostraba que España contaba con 23 sentencias pendientes de implementación, siendo un 51% de estos "*leading cases*" los que siguen pendientes de implementación. Asimismo, señalaba que la media de implementar estas sentencias en el escenario nacional es de 2 años y 10 meses.

De esta forma, si bien puede tratarse de una jurisdicción adecuada para los litigios que versan sobre la vulneración de derechos contemplados en el CEDH, deben tomarse en consideración las dificultades de implementación en el caso de sentencias estimatorias, y si resultará de utilidad para el impacto pretendido con el litigio estratégico.

3.2. Los dictámenes de los órganos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

47. European Implementation Network [entrada página web]. Disponible en: <https://www.einnetwork.org/countries-overview>

48. Gentium. "Cumplimiento de los convenios y sentencias internacionales en materia de derechos humanos" [entrada página web]. Disponible en: <https://gentium.org/proyectos/cumplimiento-de-los-convenios-y-sentencias-internacionales-en-materia-de-derechos-humanos/>

Una casuística en parte similar, pero aún con una problemática mayor en su implementación a través del uso de los distintos cauces procesales de la jurisdicción contencioso-administrativa, siguen los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de Derechos Humanos.

España ha ratificado una gran cantidad de Convenios y Tratados de Derechos Humanos, entre los que se encuentran, a modo ejemplificativo, La Convención y el Protocolo Facultativo sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos facultativos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial...

Aunque el procedimiento de reclamaciones comparte similitudes con el propio del TEDH, como el agotamiento previo de la vía interna, lo cierto es que sus dictámenes no se revisten de un carácter vinculante, como sí lo ostentan las sentencias del TEDH o del Tribunal Internacional de Justicia⁴⁹. Si bien se analizarán distintos cauces procesales de la vía administrativa y contencioso-administrativa que se han utilizado para dotar de efectividad en ciertas ocasiones a los dictámenes favorables, lo cierto es que parece muy oportuna la reflexión de MACHO CARRO⁵⁰ en su artículo, en el que enuncia que, si bien los órganos jurisdiccionales españoles no se encuentran vinculados por estos dictámenes, la interpretación de los órganos de estos tratados "*debe ser calificada como auténtica*", de forma que, según el mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, se interpreten de esa forma⁵¹.

Sobre ello se pronunciaba el TC en su Sentencia 116/2006, de 24 de abril⁵², haciendo referencia en el citado pronunciamiento a la STC 81/1998, de 8 de mayo, para incorporar la interpretación de los órganos de garantía establecidos por los tratados y acuerdos internacionales al alcance del artículo 10.2 CE.

Con relación al orden contencioso-administrativo y la eventual incorporación de estos dictámenes, resulta especialmente interesante la STS 2747/2018, de 17 de julio de 2018⁵³, que resolvía el recurso de casación sobre el comúnmente

49. CERVERA YÑESTA, C., DÁNCHEZ BORJAS, D. "Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2023, Núm. 63, p.252.

50. MACHO CARRO, A.J. "Reflexiones en torno a la naturaleza y ejecutoriedad de los Dictámenes emitidos por los Comités de Supervisión de Tratados de Derechos Humanos en el Ordenamiento Español: la STS 1263/2018, de 17 de julio", *Revista Justicia y Derecho*, 2019, Núm. 2, p.138.

51. También sobre esta cuestión se pronuncia CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", *ob.cit.* p.23, reiterando la idea de que la interpretación que hacen estos órganos de los tratados se puede calificar de autorizada.

52. Recurso de amparo 73-2002 (Referencia publicación Boletín Oficial del Estado: BOE-T-2006-9157)

53. Número de recurso: 1002/2017. (ECLI:ES:TS:2018:2747).

En este caso, la representación la asumió la organización Women's Link Worldwide, una organización sin ánimo de lucro que tiene como objetivo el litigio estratégico como medio para fomentar cambios sistemáticos

conocido asunto de Ángela González Carreño, pronunciándose sobre el cauce adecuado para solicitar el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW, en ese concreto caso. Este pronunciamiento fue calificado por diversos autores como un punto de inflexión⁵⁴ y un cambio sustancial⁵⁵ no sólo en la doctrina del Tribunal Supremo, sino en la de los órganos jurisdiccionales españoles.⁵⁶

En este litigio, la recurrente, Doña Ángela González Carreño había reclamado la negligencia de la administración pública española, en concreto habiendo presentado la reclamación patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración Pública. En concreto, el terrible caso se trataba del asesinato por parte de la expareja de Doña Ángela en el transcurso de una visita autorizada, a pesar de que la recurrente había advertido y denunciado en numerosas ocasiones el peligro al que se exponía su hija y solicitado la modificación del régimen de visitas.

En consecuencia, la recurrente prosiguió con la vía interna hasta agotarla, acudiendo entonces al CEDAW, que emitió el Dictamen 47/2014, de 16 de julio, por el que se consideraban infringidos los derechos de la recurrentes y su hija por parte del Estado español, realizando recomendaciones respecto del caso concreto de la autora de la comunicación (reparación adecuada, indemnización integral e investigación exhaustiva e imparcial) y de forma general (el interés superior del niño como valor orientador del ordenamiento jurídico, formación especializada a los jueces y personal administrativo y aplicación de medidas adecuadas para la toma en consideración de los antecedentes de violencia doméstica en el régimen de visitas y custodia de los hijos).

De esta forma, la recurrente presentó una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado sobre la que terminó pronunciándose el TS en la recién referenciada STS 2747/2018. En ella, el Tribunal reconocía la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento *"que posibilite en este caso la eficacia ejecutiva de las recomendaciones contenidas en el dictamen del CEDAW"*.

en la sociedad, en defensa de los derechos de las mujeres y niñas.

54. GUTIÉRREZ ESPADA, C. "La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol.10, Núm. 2, p. 847.

55. CERVERA YÑESTA, C., DÁNCHEZ BORJAS, D. "Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos ...", *ob.cit.* p. 249.

56. Esta cuestión también era resaltada por la Abogacía General del Estado en su Circular 1/2020, sobre "La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los Comités Encargados del Seguimiento de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". En esta nota, apuntaba a que esta sentencia se apartaba de la doctrina aplicable del TS y el TC, argumentando que se trataba de un intento de satisfacción de justicia material y reiterando la inexistencia del carácter vinculante de estos dictámenes.

Consecuentemente, se alcanza la conclusión de que el Dictamen se podía tener como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial, al acreditarse los requisitos propios de este procedimiento, además de calificar de vinculante el Dictamen, considerando que este tipo de dictámenes *"pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente pues el contenido de aquéllos constituye parte también del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2"*.

Sin embargo, esta Sentencia inédita, que calificaba de vinculantes los dictámenes de los órganos de tratados de convenciones y habilitaba la responsabilidad patrimonial de la administración como cauce procesal idóneo para su implementación, fue limitada por el propio TS en su STS 2842/2023, de 13 de junio de 2023⁵⁷. En esta ocasión, la recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, de nuevo contra la denegación de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En el supuesto de esta concreta Sentencia, el Órgano del Comité contra la Tortura (en adelante, CAT), declaraba la violación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, instando en su Decisión a la reparación e indemnización de la recurrente. De esta forma, se utilizó el cauce procesal considerado adecuado en la ya analizada STS 2747/2018.

Sin embargo, se observa un cambio por parte del TS en este pronunciamiento, señalando que este tipo de decisiones o dictámenes no tienen carácter vinculante ni fuerza ejecutoria para determinar la nulidad de resoluciones judiciales firmes.

De esta forma, vuelve a citar sus sentencias anteriores, representativas de esta doctrina⁵⁸, para argumentar que *"ante la inexistencia de una previsión normativa sobre la vía específica que debe seguirse para el cumplimiento y ejecución de tales decisiones del CAT, no puede entenderse, a tenor de nuestra jurisprudencia, que deban canalizarse, con carácter general, a través del cauce de la responsabilidad patrimonial en sus diversas versiones, otorgando a la*

57. Número de recurso: 5269/2022. (ECLI:ES:TS:2023:2842)

58. La citada circular de la Abogacía del Estado indica, muy acertadamente, que la doctrina constitucional se encuentra resumida en su STC 23/2020, de 13 de febrero de 2020 en concreto en el Fundamento Sexto, donde se subraya que este tipo de comités son instancias no jurisdiccionales y que los dictámenes emitidos no son resoluciones judiciales.

decisión del CAT, cuando aprecia una infracción del derecho invocado, el carácter de título bastante y autónomo para haber lugar a la responsabilidad patrimonial".

Para justificar esta diferenciación de supuestos, dedican el Fundamento Jurídico Sexto a explicar que el cauce de la responsabilidad patrimonial era oportuno en el concreto caso de la STS 2747/2018, pero que el Dictamen del CEDAW únicamente se consideraba como indicador de la responsabilidad, centrándose realmente la sentencia en los requisitos de la responsabilidad patrimonial; presupuestos que no concurrían en esta nueva Sentencia.

Por último, una cuestión que los tribunales españoles han reconocido ya en distintas ocasiones⁵⁹, las decisiones de los Comités se pueden utilizar como presupuesto para presentar una demanda e iniciar el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales⁶⁰.

59. MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., "Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2023, Vol.15, Núm.1, referencia la SAN 3080/2021 (ECLI:ES:AN:2021:3080), como ejemplo de presupuesto habilitante para presentar una demanda en este marco.

Esta Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la AN, en su Fundamento Jurídico Quinto, señala que, a partir de la STS 2747/2018, un dictamen de un Comité de la ONU es susceptible de ser presupuesto habilitante tanto para formular una reclamación patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración (en este caso, la Administración de Justicia, como para iniciar un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

60. Se encuentra regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA. Tal y como se estipula en el artículo 114.3, se prevé que la tramitación de estos recursos tenga carácter preferente.

4. EL PAPEL ESENCIAL DEL ABOGADO EN EL LITIGIO ESTRATÉGICO.

Tras haber analizado desde una perspectiva procesal los cauces idóneos y el estado de la cuestión respecto a los distintos mecanismos con los que se puede contar en una estrategia de litigio estratégico, merece la pena realizar una reflexión acerca del papel del abogado en todo el procedimiento ya que su participación, en colaboración con otros actores ya estudiados como clínicas jurídicas o fundaciones y asociaciones, deviene imprescindible en la selección de casos, desarrollo de la estrategia judicial y resolución de eventuales controversias con las personas afectadas.

En primer lugar, resulta imprescindible recordar uno de los más esenciales principios rectores del desempeño de la abogacía, identificado en el artículo 1.1 del EGAE, que determina que la abogacía *"asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas"* debiendo los profesionales de la Abogacía velar en todo momento *"por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido"*.

De esta forma, el abogado de un caso de litigio estratégico, si bien puede pretender un efecto colectivo, debe ante todo velar por los intereses particulares de sus representados, adquiriendo especial relevancia y refuerzo los deberes de información desarrollados en el artículo 48.3 EGAE, que determina la obligación del profesional de la Abogacía de *"informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses."*

En consecuencia, cuando se trata de supuestos en los que existe un concreto afectado cuyos derechos han sido vulnerados, se debe analizar la estrategia procesal más efectiva para sus intereses, debiendo ponderar los costes psicológicos y de duración de un proceso que pueda llegar a instancias internacionales, especialmente en materia de expectativas respecto de los dictámenes y decisiones estudiados de órganos de convenios y tratados.

Esta última cuestión presenta un claro ejemplo de la cuestión que se ha traído a colación. Si bien el reconocimiento de la vulneración de un derecho humano puede conllevar un gran impacto estructural y producir un cambio o modificación legal o de la práctica administrativa, puede no implementarse ningún remedio o indemnización para la persona afectada. De esta forma, el papel del abogado se

convierte en una cuestión delicada, debiendo de realizar un análisis y ponderación de expectativas con su representado.

Para ello, en distintas guías de fundaciones⁶¹ y de órganos especializados, se encuentra la previsión de un modelo de acuerdo de representación que prevea la casuística de que deje de estar alineados los intereses.

Es por esto que parece más oportuno, siempre que sea viable por las características del caso o por la concurrencia de una pluralidad o indeterminación de afectados, la elección de una entidad para iniciar y llevar a cabo este tipo de litigio, ya que se encontrará completamente alineado esta intención de impacto estructural, contando del mismo modo las entidades con un mayor número de recursos y, en especial, de tiempo para llegar a las últimas instancias y esperar a la correcta implementación del concreto fallo. De este modo, se consigue evitar uno de los riesgos más peligrosos de los litigios estratégicos, que es la instrumentalización de un caso concreto.

Asimismo, el abogado, en este caso en total colaboración con entidades y clínicas jurídicas, debe hacer, más que nunca una labor divulgativa y educativa del proceso judicial y de las consecuencias del resultado de este, tanto en el plano individual como, especialmente de qué forma puede ser extrapolado estructuralmente.

En muchas ocasiones, existe una cierta predisposición a pensar que este impacto colectivo únicamente se alcanza con pronunciamientos del TS o del TC y, en una estrategia de litigio estratégico, si bien el precedente no es vinculante, un fallo de una sentencia de un tribunal de primera instancia, adecuadamente divulgado y entendido, puede ayudar a crear un cuerpo de jurisprudencia que sea utilizado para acabar materializando ese cambio.

Por otra parte, el papel del abogado en este tipo de instrumentos requiere de una especial innovación y creatividad que, si bien son inherentes a la profesión de la Abogacía, alcanzan una importancia esencial en el litigio estratégico. Es por esto por lo que, con éxito en otras jurisdicciones, especialmente las de los países latinoamericanos y aquellos con sistema anglosajón, se ha observado la introducción de *amicus curiae* en procesos judiciales, especializados en Derechos Humanos.

Si bien en el ordenamiento jurídico español no cuenta con una regulación legal específica para esta figura, en el ámbito constitucional se contempla que la figura que es susceptible de aproximarse a este concepto es la del coadyuvante del artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

61. HOGAR SÍ. "Guía de litigio estratégico en casos de discriminación contra personas en situación de sinhogarismo", 2022.

Sin embargo, la jurisprudencia del TC se ha mostrado contraria a la participación de entidades y organismos de la sociedad civil como coadyuvantes⁶².

La figura del *amicus curiae* desde el derecho procesal, y sin ánimo de querer desarrollar extensamente su concepto por no ser objeto de este estudio, pretende que se habilite la participación de terceros en un concreto proceso en el que, si bien no figuran como demandantes o demandados, sí cuenta con un interés legítimo en el objeto del litigio.

Pese a que, como se ha estudiado, el TC parece reticente a la incorporación de terceros a través de esta figura vía el artículo 81.1 LOTC, lo cierto es que se trata de una herramienta procesal clave para demostrar, en especial en el ámbito de Derechos Humanos, el carácter estructural de las consecuencias de una vulneración de derechos.

También en el escenario español, resulta imprescindible referenciar una institución clave en la defensa no únicamente de los derechos fundamentales, sino de la legalidad administrativa, que es el Defensor del Pueblo. Tal y como se desarrolla en el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, tiene como principal objetivo la defensa de los derechos fundamentales, para lo que *"podrá supervisar la actividad de la Administración"*.

Sus resoluciones, sin ser de obligado cumplimiento para las administraciones públicas, dirigen recomendaciones, sugerencias... sobre distintas cuestiones que le transmiten los afectados y que consideran que se cumple el presupuesto del incumplimiento de la Administración de la legalidad administrativa.

De esta manera, el abogado de litigio estratégico tiene a su alcance este órgano en una triple vertiente que puede resultar útil para el éxito de su estrategia que, si bien no se trata de un mecanismo judicial, puede llegar a tener un efecto estructural.

En primer lugar, a través de la presentación de una queja sobre una situación concreta provocada por el desarrollo de la actividad por parte de la Administración. En segundo lugar, resulta muy útil el análisis temático de las resoluciones en la base de datos disponible en las memorias anuales del Defensor del Pueblo. Si bien no se pueden categorizar como precedente, lo cierto es que una Recomendación o Sugerencia aceptada por un órgano administrativo puede ser

62. MARTÍNEZ SANTA MARÍA, P. "Sobre el *amicus curiae* y la personación de los sindicatos en los recursos de inconstitucionalidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 125/2022, de 29 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad Núm. 219-2022", *Revista de las Cortes Generales*, 2023, Núm. 115, p. 471. EL ATC 248/2008, de 24 de julio de 2008, resume la jurisprudencia previa del propio TC respecto a este asunto, indicando que la naturaleza abstracta del proceso del recurso de inconstitucionalidad ha de excluir *"la intervención de cualquier persona distinta a las enunciadas en los arts. 162CE y 32 y 32LOTC"*, es decir a los legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad. Añadiendo que *"se infiere que no son posibles otras personaciones en el recurso de inconstitucionalidad que las de los expresamente legitimados por dichos preceptos"*.

de gran utilidad tanto en materia de incidencia como para la futura réplica de supuestos similares.

Por último, si bien en muchas ocasiones puede parecer poco probable, también es preciso hacer referencia al artículo 46.1 a) y b) de la ya citada LOTC, que señala al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal como legitimados para la interposición del recurso de amparo constitucional.

5. ESTUDIO DE CASO. EXIGENCIA DE VISADO A MENORES DE MARRUECOS PARA PROCEDER A SU EMPADRONAMIENTO.

Merece la pena en el marco de este estudio analizar de una forma práctica, pasando por varias de las estrategias y cauces procesales estudiados en este trabajo, uno de los casos de éxito de esta estrategia de litigio estratégico, que se trató de la impugnación del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, en el que se aprobaban las *"Instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes"*, y en concreto su último apartado en el que se desarrollaba el empadronamiento de los menores extranjeros procedentes de Nador.

Este procedimiento se finalizó en la STS 1591/2022, de 25 de abril de 2022⁶³ y, tal como se observará en el iter procesal y su correspondiente fundamentación jurídica, se observa que, en este caso CÁRITAS ESPAÑOLA, consiguió localizar una práctica administrativa considerada sistemáticamente discriminatoria respecto de un grupo de personas y alcanzar el Tribunal Supremo, vía recurso de casación y acreditando el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, que se dictase una sentencia con un claro impacto superior, ya que pasó a formar parte de la doctrina del Tribunal Supremo.

En cuanto a la legitimación activa, se consta que se permitió a CÁRTIAS ESPAÑOLA presentarse como recurrente sin que se discutiese en el citado pronunciamiento la concurrencia de los requisitos de legitimación.⁶⁴

El concreto apartado impugnado, exigía un visado para la inscripción en el padrón de los menores marroquíes procedentes de la provincia de Nador, habiendo defendido la recurrente que esta exigencia suponía un trato discriminatorio, estando el TS de acuerdo, desarrollando que se trataba de una instrucción carente de cobertura legal y discriminatoria tanto respecto de los menores españoles como de los menores extranjeros procedentes de otros países.

Resulta especialmente interesante la argumentación que realiza el TS respecto al interés superior del menor, ya que conjuga los preceptos de la Ley

63. Número de recurso: 4787/2021 (ECLI:ES:TS:2022:1591)

64. La ya estudiada STS 1611/2023, de 30 de noviembre del 2023 hacía referencia en su FJ quinto a que se habían estimado las pretensiones sin que existiese debate sobre su legitimación. Los artículos 8 y 9 de los Estatutos de Cáritas Española, contienen fines y finalidades como erradicar las situaciones de pobreza y exclusión social, así como la defensa y promoción de los Derechos Humanos, de forma que esta atribución estatutaria, unida a los programas desarrollados por esta entidad, se entendería acreditado el interés legítimo según los parámetros desarrollados por el TS.

Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) y la Convención de los Derechos del Niño, muestra de la aplicabilidad en este caso del artículo 10.2 CE estudiado en este trabajo. En consecuencia, toma en consideración de forma esencial, tal y como la describe el propio TS, esta Convención y su incorporación, en parte de la LOPJM.

Asimismo, hace referencia a su Providencia de 27 de mayo de 2018, en la que inadmitía un recurso de casación formulado por la administración en este caso, en el que confirmaba la nulidad de pleno derecho de una instrucción también considerada discriminatoria de los menores extranjeros respecto de los nacionales españolas. En su Fundamento Jurídico tercero, recuerda precisamente este pronunciamiento para subrayar que los pronunciamientos del Tribunal Supremo *"tienen efectos vinculantes en todo el territorio nacional, en tanto que tal era el ámbito territorial de las instrucciones técnicas anuladas, y la competencia estatal ejercida al aprobarlas, incluidos los territorios africanos"*.

6. CONCLUSIONES

I. El litigio estratégico pretende utilizar los mecanismos procesales existentes con el objetivo de aumentar el alcance de un caso particular y generar un impacto en distintas vertientes de la sociedad: políticas públicas, prácticas administrativas, legislación... Para la consecución de esta finalidad, deviene imprescindible el éxito en estos procesos, cuestión que equivaldrá a la creación de precedentes principalmente judiciales que servirán como motor de este cambio.

II. Si bien el sistema continental judicial español no contempla el carácter vinculante de la jurisprudencia de la misma forma que el anglosajón, no se debe subestimar el valor de las sentencias del TC, el TS y los Tribunales Superiores para la creación de una jurisprudencia o una particular doctrina sobre una cuestión concreta.

III. Dentro del marco de la jurisdicción contencioso-administrativa como sede de los litigios estratégicos, el abogado debe tomar en especial consideración la jurisprudencia estudiada relativa a la legitimación activa de las entidades de la sociedad civil, atendiendo a los criterios desarrollados en este trabajo y suficientemente aclarados por parte del TS.

IV. Entre los cauces procesales disponibles en la jurisdicción contencioso-administrativa, se localiza el recurso por inactividad reglamentaria, tanto sustantiva como formal, como una herramienta clave para el litigio estratégico.

V. En el ámbito de Derechos Humanos, el TEDH se convierte en uno de los principales garantes a nivel europeo, siendo sus sentencias de obligado cumplimiento para los Estados miembros. Sin embargo, a efectos de la consecución del litigio estratégico, se observan dificultades en la efectividad de la implementación.

VI. En relación con los dictámenes de los órganos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, se constatan varias dificultades relativas a su eventual ejecutividad en el plano nacional, habiendo perdido fuerza la posición relativa a un procedimiento de responsabilidad patrimonial con base a las conclusiones extraídas de un eventual dictamen. No obstante, parece que existe una mayor aceptación del uso de estos dictámenes como presupuesto para iniciar un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

VII. El abogado desempeña un rol esencial en el litigio estratégico, debiendo colaborar con distintos actores para la elaboración de la estrategia más idónea. Sin embargo, es necesario que se preste especial atención al riesgo de

instrumentalización del concreto caso, debiendo siempre priorizarse la mejor satisfacción de los intereses del cliente, que debe de ser la persona afectada.

VIII. Asimismo, el profesional de la Abogacía debe realizar una labor divulgativa en este tipo de estrategias procesales, incluso optando por instrumentos alejados del proceso judicial, como puede ser el Defensor del Pueblo, en caso de considerar que se puede conseguir una mejor satisfacción de los intereses.

BIBLIOGRAFÍA

ARADAS GARCÍA, F. "Legitimación de asociaciones o fundaciones en vía contencioso administrativa", *Blog Jurídico Administrativo*, 2025 [entrada web]. Disponible en: <https://www.juridicoadministrativo.es/legitamcion-de-asociaciones-en-via-contencioso-administrativa/>

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., "Litigio estratégico y acceso a la justicia de colectivos en condición de vulnerabilidad: análisis jurisprudencial de su aplicación en España en materia de discapacidad", en CARRISO GONZÁLEZ A. (Dir.) y TIerno BARRIOS, S. (Coord.), *Acceso igualitario a la justicia y vulnerabilidad*, Madrid, Dykinson, 2025, pp. 37-58. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10366/165944>

CASADEVALL, J.J. "La problemática ejecución de las sentencias del TEDH en el Derecho español". *Revista de las Cortes Generales*, 2005, Núm.66, pp. 93-136. Consultado en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2005/66/512>

CERFOLINI, A., "El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿Qué repercusiones tiene para las empresas? Revista Española De Empresas y Derechos Humanos, 2024, Núm.2, pp. 97-128. Disponible en: <https://doi.org/10.69592/3020-1004-N2-ENERO-2024-ART5>

CERVERA YÑESTA, C. y DÁNCHEZ BORJAS, D. "Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2023, Núm. 63, pp. 245-264. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8693/documento/ajum-63.pdf?id=13545&forceDownload=true>

CEBULAK P., MORVILLO M. y SALOMON S. "Strategic Litigation in EU Law: Who does it Empower" *German Law Journal*, 2024, Vol. 25, Núm. 6, pp. 800-821. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2024.56>

CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", *Revista de Estudios Jurídicos*, 2012, Núm.12, pp.1-24 Disponible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/829>

DELGADO MUÑOZ, L.J. "La ejecución de las Sentencias del TEDH y el actual recurso de revisión penal: cinco años de vigencia". *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 2022, Vol.70 Núm. 1, Consultado en: <https://doi.org/10.1017/glj.2024.56>

org/10.18543/ed.2502

DOROSTE HERNÁNDEZ, J. y MORENO-CERVERA DE LA CUESTA, P., "Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y Otros c. Switzerland (Application 53600/20)", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2024. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-suiza-cambio-climatico-inactividad-climatica/>

FALCÓN Y TELLA, M.J., "El precedente anglosajón" en FALCÓN Y TELLA, M.J., *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 33-56. ISBN: 9788497687737.

GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación", *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2006, Núm.4, pp. 127-152. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2353459>

GASCÓN CUENCA, A., "La evolución de la enseñanza jurídica clínica en las universidades españolas: oportunidades y desafíos de la litigación estratégica en las clínicas de derechos humanos", *Revista de educación y derecho*, 2016, Núm.14, pp.9-10. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6092861>

GONZÁLEZ SOLÓRZANO, G.S., "Comparación entre Sistema Anglosajón y Régimen Administrativo: Implicaciones para la Protección de Derechos", *Revista Científica Internacional*, 2024, Vol.11, Núm.1, pp. 456-467. Disponible en: <https://doi.org/10.69639/arandu.v11i1.228>

GUTIÉRREZ ESPADA, C. "La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol.10, Núm. 2, pp. 836-851. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4406>

GUILLÉN LÓPEZ, E. "Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, Núm. 42, pp. 335-370. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23640>

LÓPEZ GUERRA, I. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2000, Núm. 442, pp.1-4. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112787>

MACHO CARRO, A.J. "Reflexiones en torno a la naturaleza y ejecutoriedad de los Dictámenes emitidos por los Comités de Supervisión de Tratados de Derechos Humanos en el Ordenamiento Español: la STS 1263/2018, de 17 de

julio", *Revista Justicia y Derecho*, 2019, Núm. 2, pp.131-140. Disponible en: <https://revistas.ua autonom a.cl/index.php/rjyd/article/view/285/279>

MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., "Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, Vol.15, Núm.1, pp. 517-548. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7552>

MARTÍNEZ SANTA MARÍA, P. "Sobre el amicus curiae y la personación de los sindicatos en los recursos de inconstitucionalidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 125/2022, de 29 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad Núm. 219-2022", *Revista de las Cortes Generales*, 2023, Núm. 115, pp. 453-492. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/115/1761>

MAYER TOTOLA BRITTO, L., MASCARENHAS KARNINKE, T., "O caso Brown v. Board education, medidas estruturantes e o ativismo judicial", *Anais do Congresso de Processo Civil Internacional*, 2019, Vol.4, pp. 277-248. Disponible en: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/1200>

MORCILLO MORENO, J. "El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, 210, pp.287-318. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.10>

PUGA, M.G., "La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education", *Revista Ideas & Derecho*, 2013, Tomo 1, Núm.9. Disponible en: <https://rdu.unc.edu.ar/items/09fc1f5b-0fd0-47d1-b65c-9ff0da710fdd>

RUIZ RESA, J.D. "Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar" *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2023, Vol. 56, Núm. 168, pp. 211-246. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2023.168.18878>

REQUERO IBÁÑEZ, J.L. "Algunas notas sobre el control judicial de la inactividad administrativa", *Cuadernos de Derecho Local*, 2006, Núm. 11, pp.7-22. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10873/267>

TIERNO BARRIOS, S., "El litigio estratégico como instrumento de garantía del derecho de acceso a la justicia y empoderamiento de las personas migrantes a la luz del Pacto Mundial para la Migración" en CENTENO MARTÍN, H. Y ANDRÉS LLAMAS, M.A. (Dir.) *Procesos migratorios y desafíos en el marco del pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular*, Salamanca, 2023, pp. 167-178. Disponible en: <https://doi.org/10.14201/OAQ0340>

UCÍN, M.C. "Litigio de Interés Público", *Revista en Cultura De La Legalidad*", 2017, Núm. 12, pp. 246-255. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3656>

VAN DER PAS K. "Conceptualising strategic litigation", *Oñati Socio-Legal Series*, 2021, Vol. 11, Núm. 6, cit. pp. S116-S145. Disponible en: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1226>

Otros materiales

Abogacía General del Estado. "Circular 1/2020. traslado de nota «la naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas Por los comités encargados del seguimiento de los tratados de derechos humanos de las naciones unidas»", con fecha 22 de octubre de 2020.

European Implementation Network y Democracy Reporting International "Justice delayed and Justice denied: Non-implementation of European Courts Judgements and the Rule of Law. 2024 Edition", 2024. Disponible en: <https://www.einnetwork.org/blog-five/2024/9/20/justice-delayed-and-justice-denied-report-on-the-non-implementation-of-european-judgments-and-the-rule-of-law>

Fundación Profesor Uría. "Nuevo reconocimiento al trabajo pro bono realizado por Uría Menéndez e impulsado por la Fundación Profesor Uría" [entrada página web] Disponible en: <https://www.fundacionprofesoruria.org/noticias/Nuevo-reconocimiento-al-trabajo-pro-bono-realizado-por-Ur-a-Men-ndez-e-impulsado-por-la-Fundaci-n-Profesor-Ur-a.html>

HOGAR SÍ. "Guía de litigio estratégico en casos de discriminación contra personas en situación de sinhogarismo", 2022. Disponible en: <https://hogarsi.org/guia-litigio/>

NET-KARD PROJECT, "Litigio en materia de derechos humanos y Comunidad Gitana. Una guía para abogados", 2014. Madrid, Ned-Kard Project. Disponible en: https://www.gitanos.org/centro_documentacion/publicaciones/litigio_en_materia_de_derechos_humanos_y_comunidad_gitana__una_guia_para_abogados/

Listado de jurisprudencia utilizada

Tribunal Supremo

STS 927/2007, de 26 de noviembre de 2007. Número de recurso: 1127/2000 (ECLI:ES:TS:2007:7783)

STS 4460/2008, de 25 de junio de 2008. Número de recurso: 905/2007 (ECLI:ES:TS:2008:4460).

STS 2624/2014, de 13 de junio de 2014. Número de recurso 2635/2012 (ECLI:ES:TS:2014:2624).

STS 1874/2015, de 5 de mayo de 2015. Número de recurso: 1600/2013 (ECLI:ES:TS:2015:1874).

STS 2747/2018, de 17 de julio de 2018. Número de recurso: 1002/2017. (ECLI:ES:TS:2018:2747).

STS 553/2018, de 5 de abril de 2018. Número de recurso: 4267/2016. (ECLI:ES:TS:2018:1519)

STS 384/2019, de 20 de marzo de 2019. Número de recurso: 691/2017 (ECLI:ES:TS:2019:894).

STS 1591/2022, de 25 de abril de 2022. Número de recurso: 4787/2021 (ECLI:ES:TS:2022:1591).

STS 300/2023, de 8 de marzo de 2023. Número de recurso: 431/2021 (ECLI:ES:TS:2023:846).

STS 2842/2023, de 13 de junio de 2023. Número de recurso: 5269/2022. (ECLI:ES:TS:2023:2842)

STS 3410/2023, de 18 de julio del 2023. Número de recurso: 265/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3410).

STS 1611/2023, de 30 de noviembre del 2023. Número de recurso 918/2022 (ECLI:ES:TS:2023:5059)

ATS 14188/2024, de 27 de noviembre de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:14188A)

ATS 1031/2025, de 28 de enero de 2025. Número de recurso: 718/2024 ECLI:ES:TS:2025:1031A).

STS 679/2025, de 2 de junio de 2025. Número de recurso: 1439/2023 (ECLI:ES:TS:2025:2497).

Tribunal Constitucional

ATC 248/2008, de 24 de julio de 2008. Número de recurso: 1470-2008 (ES:TC:2008:248A).

STC 28/2009, de 26 de enero de 2009. Número de recurso: 10292-2006 (ECLI:ES:TC:2009:28).

STC 116/2006, de 24 de abril. Recurso de amparo 73-2002 (Referencia publicación Boletín Oficial del Estado: BOE-T-2006-9157)

STC 23/2020, de 13 de febrero de 2020. Recurso de amparo. 3807-2018. (Referencia publicación Boletín Oficial del Estado:

BOE-A-2020-3348).

Audiencia Nacional

SAN 3080/2021 (ECLI:ES:AN:2021:3080).



fundacionmutualidad.org