El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal

Raquel Castillejo Manzanares

Dirección

Cristina Alonso Salgado

Coordinación

El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal

AUTORES

Cristina Alonso Salgado
Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol
Pedro Álvarez Sánchez de Movellán
Laura Álvarez Suárez
Coral Arangüena Fanego
Teresa Armenta Deu
José María Asencio Mellado
Lorenzo M. Bujosa Vadell
Manuel Cachón Cadenas
Raquel Castillejo Manzanares
Jesús Conde Fuentes
Carmen Durán Silva
Iñaki Esparza Leibar
José Francisco Etxeberria Guridi
Pablo García Molina
Vicente Gimeno Sendra
Mª Isabel González Cano
Piedad González Granda
Albert González i Jiménez
Alicia González Monje
Mar Jimeno Bulnes
Marcos Loredo Colunga
Fernando Martín Diz
Antonio Martínez Santos
Lidón Montón García
Mar Montón García
Jordi Nieva Fenoll
Ixusko Ordeñana Gezuraga
Walter Reifarth Muñoz
Natalia Pérez Rivas
Joan Picó i Junoy
Sonia Rama Martínez
José Mª Roca Martínez
Ana Rodríguez Álvarez
Carmen Rodríguez Rubio
Ana María Rodríguez Tirado
Margarita Roig Torres
Mª Inmaculada Sánchez Barrios
Eva Isabel Sanjurjo Ríos
Laura Serramià Balaguer
Carlos Rogel Vide
Almudena Valiño Ces

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2019 Raquel Castillejo Manzanares (dir.) y Cristina Alonso Salgado (coord.)

© 2019 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17597-46-7

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos
Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Índice

EL PROFESOR MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ Y LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA 21
Manuel Cachón Cadenas

1. La cátedra de Derecho Procesal de Santiago en el periodo anterior a la llegada del profesor Serra a esta Universidad 21
2. Acceso del profesor Serra a la cátedra de Derecho Procesal de Santiago 22
3. Principales aportaciones del profesor Serra al Derecho Procesal durante su estancia en Santiago 23

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ Y EL DERECHO DE OBLIGACIONES 25
Carlos Rogel Vide

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y JUICIOS PARALELOS 29
Pablo García Molina

1. Introducción 29
2. La protección de la imagen y de la identidad de los detenidos o presos 31
3. La protección de la reserva y del secreto del sumario 33
4. La transmisión de la información 38
5. Conclusiones 40
6. Bibliografía 40

JUICIOS PARALELOS: ¿LIBERTAD DE INFORMACIÓN O RETROALIMENTACIÓN NO JURÍDICA PERJUDICIAL PARA LA INVESTIGACIÓN? 43
Mar Montón García

1. ¿En qué momento hablamos en España de la presunción de inocencia? 44
2. ¿La presunción de inocencia actual es un derecho fundamental? 46
3. Debilidad de la presunción de inocencia 47
4. ¿Qué relación tienen estos principios: presunción de inocencia, principio de duda y principio «*in dubio pro reo*»? 48
5. ¿Existe conexión del principio de presunción de inocencia con el derecho al honor, intimidad y propia imagen? 49
6. ¿Qué son los juicios paralelos? 51
7. ¿Resultan positivos los juicios paralelos televisados en la actualidad? ¿Es fácil contaminar a los jueces? 52
8. ¿Qué responsabilidad tienen los medios de comunicación en la divulgación de la información? 53

9. Mis conclusiones finales 55
10. Bibliografía 56

ACERCA DEL CAMBIO DE RÉGIMEN EN LA REMISIÓN DE LOS ATESTADOS POR DELITO SIN AUTOR CONOCIDO 57
Cristina Alonso Salgado

1. Marco de partida y *leitmotiv* de la reforma 57
2. El cambio de régimen en la remisión de los atestados por delito sin autor conocido . . . 60
3. Un antecedente desde la distancia 66
4. Luces y sombras de la nueva regulación 68
5. Bibliografía 74

EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS ANTEPROYECTOS DE REFORMA DE LA LECRIM 75
Vicente Gimeno Sendra

1. Introducción 75
2. El Anteproyecto de 2011 75
   2.1. Valoración personal 75
   2.2. La detención 76
   2.3. La investigación del M.F. 77
      2.3.1. El inicialmente investigado 77
      2.3.2. El sometido a la primera comparecencia 80
      2.3.3. Los recursos en la investigación 84
   2.4. El juicio oral: el visionado de los soportes audiovisuales y la lectura de documentos 85
   2.5. Los recursos ordinarios 87
      2.5.1. Los recursos contra autos 87
      2.5.2. Los recursos contra sentencias: el recurso de apelación 88
   2.6. El recurso de casación 89
3. Estudio comparado del régimen de intervención de las partes privadas en los anteproyectos de LECrim de 2011 y 2013 90
   3.1. Introducción 90
   3.2. Los derechos instrumentales de defensa 90
      3.2.1. La prohibición del doble enjuiciamiento 90
      3.2.2. La exclusión de la prueba prohibida 91
   3.3. El nacimiento del derecho de defensa 92
      3.3.1. En la detención 93
      3.3.2. En la investigación del M.F. 94
   3.4. La defensa en el juicio oral 97
   3.5. Los recursos ordinarios: la apelación 98
   3.6. El recurso de casación 99
4. Conclusión 100

EL DERECHO DE DEFENSA TRAS LAS REFORMAS DE 2015 101
Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol

1. Las numerosas reformas procesales de 2015 101
2. El fortalecimiento del derecho de defensa 103
3. Algunas breves y puntuales reflexiones sobre el estado actual del derecho de defensa en nuestro proceso penal 105
   3.1. El juicio de imputación 105
   3.2. La duración del proceso 106
   3.3. El axioma de la presunción de inocencia 107

3.4. La dignidad de la detención . . . 108
3.5. Los supuestos de colisión con derechos fundamentales . . . 109
3.6. El juicio de acusación . . . 111
3.7. El sistema de recursos . . . 111
3.8. Otras medidas de agilización de la justicia penal . . . 113
4. A modo de conclusión final . . . 114

DERECHOS PROCESALES DE LA DEFENSA: CATÁLOGO DE MÍNIMOS . . . 117
Lidón Montón García

1. Introducción . . . 117
2. Planteamiento . . . 118
3. Los derechos de la defensa . . . 120
3.1. Denominación de la parte pasiva del proceso penal . . . 121
3.2. Los derechos de defensa . . . 122
3.2.1. Derecho a la interpretación y traducción . . . 122
3.2.2. Derecho a ser informado de la acusación . . . 123
3.2.3. Derecho a la asistencia letrada . . . 126
3.2.4. Derecho a la presunción de inocencia y a estar presente en el juicio . . . 126
3.2.5. Derechos de menores sospechosos o acusados . . . 127
3.2.6. Asistencia jurídica gratuita a sospechosos y acusados . . . 128
4. Conclusiones . . . 128

EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA: LA ENTREVISTA PREVIA Y RESERVADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DEL INCULPADO . . . 131
Eva Isabel Sanjurjo Ríos

1. La incidencia de las últimas reformas procesales sobre el derecho de defensa . . . 131
2. La entrevista previa con el letrado: medio eficaz para potenciar el derecho de defensa . . . 134
2.1. Contextualización: la «defectuosa» asistencia letrada al detenido en sede policial hasta el 2015 . . . 135
2.2. La inclusión de la entrevista previa y los presupuestos para su efectividad . . . 136
2.2.1. El derecho a la información: ¿con qué extensión? . . . 137
2.2.2. El derecho de acceso a las actuaciones y algunos problemas interpretativos en situaciones de privación de libertad . . . 140
2.2.3. El carácter reservado de la entrevista . . . 141
3. Bibliografía . . . 142

EL AUTO DEL ART. 779,1-4 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. UNA IMPUTACIÓN DE HECHO JURÍDICAMENTE RELEVANTE. (A PROPÓSITO DEL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE DIECIOCHO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE) . . . 145
José María Asencio Mellado

1. Introducción . . . 145
2. El hecho punible como hecho jurídicamente relevante. El objeto del proceso . . . 148
2.1. El hecho como objeto del proceso . . . 149
2.2. La teoría del hecho natural . . . 150
2.3. El hecho normativo como objeto del proceso . . . 152
3. La doctrina del Tribunal Supremo. Una complejidad innecesaria que genera inseguridad jurídica . . . 155
3.1. El hecho punible como hecho jurídicamente calificado . . . 158
3.2. El derecho a la información de la imputación como posible explicación de la doctrina del TS . . . 161

3.3. Conclusión . . . 163
4. La naturaleza y funciones del auto del art. 779,1-4 LECrim . . . 167
5. El auto de la AP de Alicante, como manifestación de la alteración de la naturaleza del auto del art. 779,1-4 LECrim. Su carácter inquisitivo . . . 170
5.1. Presupuesto del que parte . . . 172
5.2. Primera contradicción . . . 172
5.3. Segunda contradicción . . . 172
5.4. Tercera contradicción . . . 173
5.5. Cuarta contradicción . . . 176
5.6. Conclusiones . . . 177

LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LOS HALLAZGOS CASUALES Y SU ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL . . . 181
Raquel Castillejo Manzanares

1. Introducción . . . 181
2. Reforma y principios rectores . . . 184
3. Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro . . . 190
3.1. Atendiendo a la literalidad del precepto . . . 190
3.2. Análisis jurisprudencial . . . 191
3.3. La necesaria autorización judicial . . . 194
4. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y otras medidas tecnológicas de investigación . . . 196
4.1. Distinción con otras medidas limitativas de derechos fundamentales . . . 196
4.2. Conexidad y ausencia de ella . . . 197
4.3. Interpretación extensiva a los delitos conexos . . . 205
5. Valoración por el órgano jurisdiccional de la legitimidad de la injerencia . . . 206
5.1. Hallazgos casuales derivados de medidas limitativas de derechos fundamentales . . . 206
5.2. Hallazgos casuales derivados de medidas limitativas de derechos fundamentales declaradas nulas . . . 207
5.3. Impugnación de la legitimidad de la injerencia . . . 213
6. Juez competente para conocer del delito conocido casualmente . . . 220

EL REGISTRO DE MATERIAL INFORMÁTICO: REQUISITOS Y DERECHOS AFECTADOS . . . 225
Carmen Rodríguez Rubio

1. Cuestiones preliminares . . . 225
2. Asunto Trabajo Rueda C. España, Sentencia de 30 de mayo de 2017 . . . 226
3. Derechos afectados en el registro de material informático . . . 228
4. La ausencia de regulación de diligencias de investigación en los delitos informáticos antes de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre . . . 230
5. Registro de dispositivos de almacenamiento informático . . . 232
6. Bibliografía . . . 234

LA INFILTRACIÓN POLICIAL A TRAVÉS DEL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL COMO MEDIDA DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA . . . 237
Almudena Valiño Ces

1. Medidas de investigación y reforma procesal penal . . . 237
2. Análisis del agente encubierto como medida de investigación . . . 239
2.1. Con carácter preliminar . . . 239
2.2. Aproximación conceptual . . . 241
2.3. Acerca de la naturaleza y características . . . 245
3. Diversas cuestiones acerca del agente encubierto y su infiltración en internet . . . 248

3.1. Canales cerrados de comunicación y derechos fundamentales afectados 249
3.2. Ámbito subjetivo de la infiltración policial 253
3.3. Ámbito objetivo de la infiltración policial 254
3.4. Intercambio o envío de archivos ilícitos y análisis de los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos 256
3.5. La obtención de imágenes y grabación de las conversaciones por el agente encubierto informático 260
3.6. El valor probatorio de su actuación 261
4. Conclusiones 263
5. Bibliografía 264

LA VIDEOVIGILANCIA COMO ACTO DE INVESTIGACIÓN LIMITADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES 269
Carmen Durán Silva

1. Introducción 269
2. El binomio libertad-seguridad: derechos fundamentales afectados durante la práctica de la videovigilancia 270
3. Videovigilancia y principio de proporcionalidad 275
3.1. Cuestiones generales 275
3.2. Instalaciones de videocámaras en lugares públicos 276
3.2.1. Legalidad 276
3.2.2. La observancia del principio de proporcionalidad 283
3.3. Instalaciones de videocámaras en lugares privados 288
3.3.1. Principio de legalidad 288
3.3.2. Principio de proporcionalidad 291
4. BIBLIOGRAFÍA 295

LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ACUERDA LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA 297
Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

1. Un apunte sobre los medios de investigación tecnológica 297
1.1. Una regulación sorprendentemente tardía 297
1.2. Investigación tecnológica: la línea roja de la legalidad 298
2. Breve valoración sobre el régimen de disposiciones comunes 299
2.1. Relevancia de las normas que por comunes, deberán aplicarse a todas las medidas de investigación 299
2.2. La resolución judicial que acuerda la medida y el régimen de disposiciones comunes 300
3. La resolución judicial que autoriza o deniega la medida de investigación 301
3.1. Sobre la motivación judicial de la debida proporcionalidad 303
3.2. La adopción de medidas sin resolución judicial 304
3.3. ¿Hasta dónde la motivación? 305
3.3.1. Sobre el hecho punible objeto de investigación 305
3.3.2. A vueltas con los hallazgos casuales 306
3.3.3. El soporte físico o el contenido de información digital 306
3.3.4. La extensión de la medida en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas 307
3.3.5. La unidad investigadora. Régimen del agente encubierto informático 307
4. Bibliografía 307

PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES . . . 309
Alicia González Monje

1. La evolución del concepto de seguridad nacional . . . 309
   1.1. Las estrategias de seguridad. El marco de la seguridad nacional y europea . . . 310
2. Interceptación masiva de comunicaciones y datos . . . 312
   2.1. Las reacciones ante las revelaciones de espionaje masivo . . . 313
      2.1.1. Naciones Unidas . . . 313
      2.1.2. Unión Europea . . . 314
      2.1.3. Consejo de Europa . . . 315
3. Conclusiones . . . 316
4. Bibliografía . . . 317

REDES SOCIALES Y PROCESO PENAL: UNA RADIOGRAFÍA . . . 321
Ana Rodríguez Álvarez

1. Introducción . . . 321
2. Las redes sociales y el proceso penal: tipos delictivos reflejados en la jurisprudencia . . . 322
3. Redes sociales y competencia judicial . . . 328
4. Redes sociales e imparcialidad judicial . . . 329
5. Modos de acceso al proceso de la información contenida en redes sociales . . . 330
   5.1. Información aportada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad . . . 330
   5.2. Información aportada por los propios implicados . . . 332
6. Soportes de la información y valoración de la prueba . . . 337
7. Condenas y redes sociales . . . 341
8. A modo de conclusión . . . 344
9. Bibliografía . . . 345

EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN PENAL, HACIA QUÉ MODELOS NOS DIRIGIMOS . . . 347
Albert González i Jiménez

1. Introducción . . . 347
2. Cuestión previa. Investigación e instrucción . . . 348
3. La regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en la investigación penal . . . 350
4. Revés a la instrucción por parte del Ministerio Fiscal con el actual marco normativo. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017 . . . 351
5. A quién debería corresponder la instrucción . . . 353
6. Conclusiones . . . 356
7. Bibliografía . . . 358

LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DE LA FUTURA FISCALÍA EUROPEA: PROSPECTIVA SOBRE SU IMPACTO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL . . . 361
Antonio Martínez Santos

1. El final del problemático camino hacia la creación de la Fiscalía Europea y la aprobación de la Directiva PIF . . . 361
2. La evolución del modelo de Fiscalía Europea en las sucesivas versiones de la propuesta de Reglamento . . . 363
3. La configuración orgánica definitiva de la Fiscalía Europea . . . 365
4. Prospectiva sobre la implantación de la Fiscalía Europea en España . . . 370
5. Bibliografía . . . 373

LA CRECIENTE PRESENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL. EN PARTICULAR EN EL JUICIO POR DELITOS LEVES Y EN EL PROCEDIMIENTO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO DEL FISCAL 375
Piedad González Granda

1. Los principios procesales no son inmutables 375
2. La paradoja de la *publicización* del proceso civil y la *privatización* del proceso penal 379
3. La *privatización* del proceso penal en las últimas manifestaciones normativas 383
   3.1. El binomio *legalidad/oportunidad* en la formulación inicial de la LECR 383
   3.2. El reforzamiento del principio de oportunidad en el proceso penal en las últimas manifestaciones normativas y en los dos anteproyectos frustrados. . . . 385
4. Aspectos concretos del reforzamiento del principio de oportunidad en el juicio por delitos leves 388
   4.1. Análisis crítico 391
5. Aspectos concretos del reforzamiento del principio de oportunidad en el procedimiento por aceptación de Decreto del fiscal. Análisis crítico 397
   5.1. Análisis crítico 400

LA CONFORMIDAD. VINCULACIÓN, CONTROL JUDICIAL E IMPUGNACIÓN 403
José Mª Roca Martínez

1. Introducción. 403
2. Carácter vinculante de la conformidad. 404
3. Control judicial sobre la conformidad 405
4. Control sobre los hechos 406
5. Control sobre la calificación y sobre la pena 407
6. La impugnación de la sentencia de conformidad 408
7. Circunstancias que permiten la impugnación de la sentencia de conformidad 408
8. La imposibilidad de revisar los hechos aceptados. 409
9. La imposibilidad de revisar cuestiones de fondo 410
10. Intentos de reforma 411
11. El anteproyecto de LECrim 2011. 411
12. El anteproyecto de CPC de 2013. 412
13. Recapitulación 412
14. Bibliografía. 413

MEDIACIÓN, PROCESO PENAL Y VÍCTIMA 415
Mª Isabel González Cano

1. Sistemas de justicia restaurativa y proceso penal 415
2. Víctima, justicia restaurativa y mediación penal. ¿Contribuye la mediación penal a la protección y defensa de los intereses de la víctima? 422
3. La mediación penal como sistema de privatización del conflicto o de priorización de la reparación a la víctima. 429
4. Últimos avances sobre la integración de la mediación en el proceso penal 434
5. Bibliografía. 441

JUSTICIA RESTAURATIVA, VÍCTIMA Y MEDIACIÓN PENAL: TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2012/29 UE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO 445
Teresa Armenta Deu

1. Introducción: justicia restaurativa, víctima y mediación penal 445
2. Elementos normativos 446
3. La justicia restaurativa: breve aproximación 453

4. Mediación penal . . . 456
4.1. Breve referencia a los antecedentes . . . 457
4.2. La situación en España . . . 458
A) Proceso de menores . . . 459
B) Incorporación de la reparación/mediación en diferentes textos normativos . . . 460
4.3. Los principios de la mediación penal . . . 460
4.4. Tipología de casos derivables a mediación o ámbito objetivo de la misma . . . 462
4.5. Fases procesales en que se desarrolla la mediación y efectos . . . 463
5. La mediación en la Directiva 2012/29 UE, el Estatuto de la víctima del delito y el RD 1109/2015 . . . 463
6. La mediación penal en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en el borrador de Código Procesal penal de 2013 . . . 467
7. Las experiencias piloto . . . 470
7.1. Primera experiencia piloto . . . 471
7.2. Segunda experiencia piloto. Selección de gráficos . . . 471
7.3. Tercera experiencia piloto. Selección de gráficos . . . 476
8. Reflexiones finales . . . 479

«*TÄTER-OPFER-AUSGLEICH*» (TOA) COMO MODELO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL . . . 483
Margarita Roig Torres

1. Introducción . . . 483
2. Acciones de la víctima en el proceso penal . . . 485
3. El TOA en el Código penal . . . 486
3.1. Determinación de la pena . . . 486
3.2. Atenuación y renuncia a la pena . . . 487
3.3. Amonestación con reserva de pena . . . 489
4. El TOA en el Código Procesal Penal . . . 490
4.1. Renuncia o suspensión de la acusación . . . 490
4.2. Valoración preceptiva de la mediación . . . 491
4.3. Información al centro de mediación . . . 491
5. Procedimiento y centros de mediación . . . 492
6. Críticas . . . 493
7. La mediación «reglada» en los textos de reforma españoles . . . 495
8. BIBLIOGRAFÍA . . . 496

¿HASTA CUÁNDO VAMOS A SEGUIR ASÍ SEÑOR/A LEGISLADOR/A? O SOBRE POR QUÉ YA NO SE PUEDE DEFENDER LA MEDIACIÓN PENAL EN EL MARCO JURÍDICO VIGENTE . . . 499
Ixusko Ordeñana Gezuraga

1. Contextualización de la mediación penal en el ámbito del derecho jurisdiccional diversificado . . . 499
1.1. El derecho jurisdiccional diversificado . . . 499
1.2. La mediación penal en cuanto instrumento del derecho jurisdiccional diversificado con énfasis en sus bondades . . . 501
2. Sobre la falta de apuesta firme por la mediación penal en el ordenamiento jurídico español hasta la actualidad . . . 504
2.1. Marco jurídico en el que se está implementando la mediación penal en España . . . 504
2.2. Intentos de regulación frustrados . . . 507
3. A modo de conclusión o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente . . . 507
4. Bibliografía . . . 509

MEDIACIÓN PENAL ELECTRÓNICA COMO VÍA DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES 511
Fernando Martín Diz

1. La mediación penal en delitos cometidos por adultos sin «Ley de mediación penal»: escenario 511
2. Mediación penal en delitos cometidos por adultos: experiencias y opciones actuales 513
3. Mediación penal y nuevas tecnologías. Ventajas de la mediación electrónica para las víctimas especialmente vulnerables 515
4. Aplicabilidad legal y real: planteamientos para una norma legal sobre mediación penal con adultos infractores en sede electrónica 518
5. Bibliografía 521

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DENOMINADA MEDIACIÓN POLICIAL 523
Sonia Rama Martínez

1. Mediación policial vs. omisión del deber de perseguir delitos 528
2. Bibliografía 532

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA. EL MODELO ESPAÑOL Y OTRAS MANIFESTACIONES EN EL ÁREA DE IBEROAMÉRICA 535
Laura Álvarez Suárez

1. La evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima 535
2. Posición jurídica de la víctima en el ámbito de la UE: la Directiva 2012/29/UE 536
3. El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Ordenamiento español 538
   - 3.1. El ámbito de aplicación de la Ley 4/2015 y el concepto de víctima 539
   - 3.2. Los derechos extraprocesales de las víctimas 539
   - 3.3. La participación de las víctimas en el proceso 540
   - 3.4. Las medidas de protección de las víctimas 542
4. La posición jurídica de la víctima en Iberoamérica 543
5. Derechos de las víctimas en algunos estados de Iberoamérica 545
6. Valoración final 546
7.- Bibliografía 547

ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL: LA MEDIACIÓN COMO MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA 549
Laura Serramià Balaguer

1. Bibliografía 557

EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO MEDIATORIO COMO CONDICIÓN DE LA SUSPENSIÓN EXCEPCIONAL DE LA PENA 561
Natalia Pérez Rivas

1. Introducción 561
2. Requisitos legales para la concesión de la suspensión excepcional: especial referencia al esfuerzo por reparar el daño 562
3. La reparación del daño como condición a observar para la concesión de la suspensión excepcional 564
   - 3.1. Normativa internacional 565
   - 3.2. La situación en la normativa española con anterioridad a la reforma penal de 2015 566
   - 3.3. La situación actual en la normativa española con posterioridad a la reforma penal de 2015 567

4. El incumplimiento de la satisfacción de la responsabilidad o del acuerdo mediatorio . . . 570
4.1. Consecuencias del incumplimiento de la satisfacción de la responsabilidad o del acuerdo mediatorio . . . 570
4.2. Procedimiento en caso de incumplimiento de la satisfacción de la responsabilidad o del acuerdo mediatorio . . . 572
4.3. La revocación de la suspensión excepcional de la pena: consecuencias . . . 572
5. Bibliografía . . . 573

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO: SU DERECHO A LOS RECURSOS . . . 577
José Francisco Etxeberria Guridi

1. Introducción . . . 577
2. El derecho al recurso en el proceso penal español . . . 581
3. El derecho al recurso de la víctima parte en el proceso (acusación particular) . . . 583
4. El derecho al recurso de la víctima no parte procesal . . . 589
4.1. ¿Nos hallamos ante un nuevo concepto de recurso? . . . 589
4.2. ¿Era necesaria esta legitimación extraordinaria en nuestro ordenamiento? . . . 589
4.3. El antecedente de la participación del perjudicado (no acusación particular) en la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor . . . 590
4.4. Un supuesto dudoso: el recurso de la decisión de no facilitar interpretación o traducción a la víctima . . . 591
4.5. El recurso por la víctima de la resolución de sobreseimiento . . . 593
4.5.1. Algunas dudas acerca de la Directiva y su transposición . . . 593
4.5.2. Condición previa: ser informada de la resolución de sobreseimiento . . . 595
4.5.3. ¿Resulta de aplicación en el procedimiento por delitos leves y en los juicios rápidos? . . . 596
4.5.4. El recurso contra la resolución de sobreseimiento en el procedimiento ordinario por delitos graves . . . 597
4.5.5. El recurso contra la resolución de sobreseimiento en el procedimiento abreviado . . . 599
4.5.6. Los plazos para recurrir . . . 601
4.5.7. De la postulación para personarse . . . 603
4.6. El recurso por la víctima de determinadas resoluciones en la fase de ejecución . . . 604
5. Bibliografía . . . 609

DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR, TESTIGO-VÍCTIMA Y VIOLENCIA DE GÉNERO: UNA ECUACIÓN DIFÍCIL DE RESOLVER . . . 613
Marcos Loredo Colunga

1. Planteamiento . . . 613
2. Conclusiones . . . 619
2.1. Previa . . . 619
2.2. Necesidad de la reforma . . . 619
2.3. Enfoque de la problemática . . . 620
2.4. Papel de la víctima en el proceso . . . 620
2.5. ¿Un tratamiento específico para las víctimas de violencia de género? . . . 620
2.6. ¿El mismo tratamiento para todas las víctimas de violencia de género? . . . 621
2.7. Una respuesta individualizada y personalizada . . . 621
2.8. Sobre la posibilidad de restringir el ámbito de la dispensa . . . 622
2.9. La exclusión de la dispensa para la denunciante . . . 622
2.10. La exclusión de la dispensa para la acusación particular . . . 623
2.11. La vinculación de la dispensa a la subsistencia del matrimonio o la convivencia efectiva . . . 623

2.12. El valor de las declaraciones previas de la víctima. 624
2.13. Final 624
3. Bibliografía 624

NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA 627
Joan Picó i Junoy

1. Introducción: un vacío normativo que es necesario cubrir en la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal 627
2. Primer paso: donde estamos 631
2.1. Concepto. Distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal 631
2.2. El problema del alcance de la ilicitud probatoria: la doctrina de los frutos del árbol prohibido o efectos reflejos de la prueba ilícita 636
2.2.1. Introducción 636
2.2.2. La falta de recepción normativa en el art. 11.1 LOPJ 636
2.2.3. Inadmisión de ciertos efectos reflejos de la prueba ilícita: límites (arts. 243 LOPJ y 230 LEC) 639
2.3. Efectos de la estimación de la ilicitud de la prueba 641
3. Segundo paso: hacia donde vamos 645
3.1. La STS 116/2017, de 23 de febrero 645
3.2. Valoración crítica de la STS 116/2017, de 23 de febrero 647
4. Reflexión final 648

POLICÍA JUDICIAL Y PRUEBA ILÍCITA. REGLA DE EXCLUSIÓN Y EFECTO DISUASORIO: UN ERROR DE BASE 649
Jordi Nieva Fenoll

1. Introducción 649
2. Origen de la regla de exclusión 651
3. Problemas del efecto disuasorio como fundamento de la ilicitud 653
3.1. Excepción a la regla de exclusión 655
3.2. Excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado 657
4. Reconfiguración de la regla de exclusión: el doble requisito de licitud de las actuaciones policiales 660
5. La vulneración de un derecho fundamental como indicio evidente de manipulación de pruebas 662
6. Propuesta de excepción única a la regla de exclusión: la notoria realidad de los hechos descubiertos 664
7. La sanción al policía infractor 673

LA PERSPECTIVA PROCESAL DEL DECOMISO 677
Lorenzo M. Bujosa Vadell

1. Introducción 677
2. El decomiso o la confiscación y la criminalidad organizada 678
3. La perspectiva internacional 682
3.1. La aplicación del decomiso en los tratados internacionales 682
3.2. El decomiso en el proceso ante la Corte Penal Internacional 688
4. La perspectiva del Derecho europeo 692
4.1. La aplicación del decomiso en el Derecho Europeo 692
4.1.1. Consejo de Europa 692
4.1.2. Unión Europea 695
4.2. Decomiso y reconocimiento mutuo 699
5. La perspectiva española 703
5.1. El decomiso como medida aplicable en el proceso penal 704

5.1.1. El decomiso como medida aplicable en un proceso penal ordinario. . . . 704
5.1.2. La eventual intervención de terceros 709
5.2. El proceso de decomiso autónomo 712
5.2.1. Naturaleza 713
5.2.2. Objeto 714
5.2.3. Procedimiento 714
5.2.4. Problemas de prueba 715
5.2.5. Efectos 716

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO 719
Jesús Conde Fuentes

1. Consideraciones introductorias 719
2. La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso. 721
2.1. Régimen jurídico del decomiso de bienes en poder de terceros 721
2.2. Llamada al proceso de terceros que puedan resultar afectados por el decomiso 725
2.3. Especialidades de la intervención y citación a juicio del tercero 727
2.4. Posibles conductas del tercero 729
2.5. Sentencia y recursos. 731
3. La intervención de terceros en el procedimiento de decomiso autónomo 732
4. Bibliografía. 738

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA Y SU PROBLEMÁTICA REGULACIÓN 739
Mª Inmaculada Sánchez Barrios

1. Introducción. 739
2. Aspectos fundamentales de la prisión provisional y principales problemas en su regulación. 740
3. La audiencia previa preceptiva: la garantía de la imparcialidad judicial, del principio acusatorio, del de contradicción y del derecho de defensa en el procedimiento de adopción de la prisión provisional 742
4. Bibliografía. 748

LA DIRECTIVA (UE) 2016/680 Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL PENAL 751
Iñaki Esparza Leibar

1. Protección de datos de carácter personal en el marco de la investigación penal de un estado de derecho. Las claves de la cuestión 751
2. El derecho fundamental a la privacidad y su correlativo a la protección de datos ante la investigación y la actividad jurisdiccional integralmente considerada. 755
3. En torno a la Directiva 2016/680 de la UE, de 27 de abril de 2016, y a la exigencia de protección de datos de carácter personal derivados de la actividad jurisdiccional penal. 756
4. Conclusión 759

PROCESO PENAL FRENTE A PERSONA JURÍDICA: GARANTÍAS PROCESALES 761
Coral Arangüena Fanego

1. Introducción. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la regulación de sus consecuencias procesales 761
2. Derecho de acceso al proceso en adecuadas condiciones informativas y defensivas . . . 764
2.1. Imputación. 764
2.2. Presencia/ausencia en las actuaciones y cumplimiento del derecho a la información 766

3. Derecho de defensa 770
3.1. Derecho a la autodefensa. Especial consideración de la conformidad 770
3.2. Derecho a la defensa técnica 773
3.3. Derecho a la asistencia jurídica gratuita 774
4. Derecho a la traducción e interpretación 777
5. Derecho a la presunción de inocencia 778
5.1. Derecho a no autoincriminarse (derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable) 779
5.2. Presunción de inocencia y medidas cautelares 781
5.3. Presunción de inocencia y carga de la prueba 782

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA 787
Walter Reifarth Muñoz

1. Introducción 787
2. ¡Abajo con el axioma *societas delinquere non potest!*: La actual regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España 788
2.1. Sujetos responsables y sujetos excluidos 788
2.2. Ámbito de aplicación y acreditación del hecho punible 789
2.3. El programa de *compliance*: la columna vertebral de la reforma 790
2.4. ¿Un nuevo modelo de responsabilidad? 792
3. Representación y asistencia letrada de las personas jurídicas: nuestro Tribunal Supremo en la encrucijada 793
3.1. Punto de partida: viejas garantías para el nuevo reto 793
3.2. El representante especialmente designado 795
3.2.1. Regulación legal 795
3.2.2. De cómo frenar al representante aprovechado 797
3.3. La defensa técnica: el caso del abogado indiscreto 798
4. Conclusiones 800
5. Bibliografía 801

LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PENAL Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL ADECUADO EN LOS PROCESOS POR DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS 803
Ana María Rodríguez Tirado

1. Introducción. La persona jurídica investigada/acusada 803
2. La determinación de la competencia penal y del procedimiento penal adecuado . . . 807
2.1. Intervención de la persona jurídica investigada/acusada en el proceso penal . . . 807
2.2. Determinación de la competencia penal 808
2.3. Determinación del procedimiento penal adecuado en procesos por delitos cometidos por personas jurídicas 810
3. Determinación de la competencia penal y del procedimiento penal en relación a ciertos delitos cometidos por personas jurídicas 814
4. Bibliografía 817

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS *EX ANTE*: LOS MODELOS DE *COMPLIANCE* 819
Mar Jimeno Bulnes

1. Introducción 819
2. Acto primero: antecedentes y estado de la cuestión 826
3. Acto segundo: el origen de la responsabilidad penal de la empresa y el embrión de los programas de cumplimiento (*compliance*) 834

4. Acto tercero: *compliance* y exención de responsabilidad penal 839
5. Reflexión final 847
6. Bibliografía 851

El profesor Manuel Serra Domínguez y la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela[1]

Manuel Cachón Cadenas
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

1. La cátedra de Derecho Procesal de Santiago en el periodo anterior a la llegada del profesor Serra a esta Universidad

La cátedra de Derecho Procesal de Santiago fue desempeñada por Luis ZAMORA CARRETE, un profesor hoy prácticamente desconocido, desde 1890 hasta 1918, año en el que falleció este catedrático. La disciplina se denominaba oficialmente Procedimientos Judiciales, Práctica Forense y redacción de instrumentos públicos. Este nombre se mantendría hasta el plan de estudios de 1928, que consagró la denominación actual de Derecho Procesal.

En 1921 la cátedra fue adjudicada a Matías DOMÍNGUEZ BALLARÍN, que se impuso injustamente, por 3 votos contra 2, a Francisco Beceña en las correspondientes oposiciones. BECEÑA tendría que esperar hasta 1923 para obtener su primera cátedra, que fue la de La Laguna. DOMÍNGUEZ BALLARÍN permaneció poquísimo tiempo en Santiago, porque ya en 1921 pasó, por concurso de traslado, a la Universidad de Salamanca.

La cátedra quedó vacante hasta 1932, año en el que accedió a ella Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO mediante oposición. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sería el último catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago antes de la guerra civil. En 1935 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO pasó, por concurso de trasla-

1. Agradezco a los organizadores de este Memorial, y en especial, a la profesora Raquel CASTILLEJO, la invitación para participar en la sesión de clausura del congreso. Todo profesor universitario contrae numerosas deudas morales e intelectuales a lo largo de su trayectoria profesional. En mi caso, el profesor Manuel SERRA DOMÍNGUEZ es, después de mi maestro el profesor Francisco RAMOS MÉNDEZ, la persona a la que más debo en el ámbito académico.

do, a la Universidad de Murcia, desde la que ese mismo año accedió a la Universidad de Valencia en virtud de permuta con Matías DOMÍNGUEZ BALLARÍN. Al iniciarse la guerra civil, estaban a punto de celebrarse las oposiciones convocadas en diciembre de 1935 para cubrir la cátedra de Derecho Procesal de Santiago, pero el alzamiento militar y la guerra impidieron la realización de esas oposiciones. Así pues, al concluir la terrible contienda fratricida, la cátedra de Derecho Procesal de Santiago estaba vacante.

En 1948 Víctor FAIRÉN GUILLÉN obtuvo esta cátedra mediante oposición. Pero en 1952 FAIRÉN pasó, por concurso de traslado, a la Universidad de Valencia. Ese mismo año la cátedra fue ocupada por Carlos DE MIGUEL ALONSO, que llegó a Santiago desde la Universidad de La Laguna, también mediante concurso de traslado. Carlos DE MIGUEL permaneció en la Universidad de Santiago hasta 1966, año en el que pasó, por concurso de traslado, a la Universidad de Salamanca.

2. Acceso del profesor Serra a la cátedra de Derecho Procesal de Santiago

En 1967, que es el año en el que el profesor Manuel SERRA DOMÍNGUEZ accedió a la cátedra de Derecho Procesal de Santiago, había 13 cátedras de esta materia en las Universidades públicas españolas, a razón de una cátedra por cada una de las Universidades que existían por entonces, excepto la Universidad de Madrid, que contaba con 2 cátedras de Derecho Procesal.

En 1965 se habían convocado oposiciones a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de La Laguna. En agosto de 1966 se agregó a estas oposiciones la cátedra de la misma materia de la Universidad de Santiago.

A la cátedra de La Laguna se habían presentado 5 aspirantes: Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, José RODRÍGUEZ ESPEJO, Tomás MUÑOZ ROJAS, Luis MARTÍN ZARZO y el profesor SERRA DOMÍNGUEZ. Todos ellos fueron admitidos.

Posteriormente, firmarían la cátedra de Santiago esos mismos 5 candidatos y otros 2 más: Pedro ARAGONESES ALONSO y José LOIS ESTÉVEZ.

En marzo de 1966 se nombró el tribunal de las oposiciones, integrado por Jaime GUASP, como presidente, y como vocales Manuel GORDILLO, Miguel FENECH y el penalista José GUALLART y López de Goicoechea, figurando Jorge CARRERAS como secretario. Fueron nombrados suplentes el civilista Ignacio SERRANO, Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, Manuel MORÓN PALOMINO, Víctor FAIRÉN y Emilio GÓMEZ ORBANEJA, que, a la postre, sustituiría a José GUALLART en la composición definitiva del tribunal.

El 5 de junio de 1967 comenzaron los ejercicios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

Resultaron vencedores Tomás Muñoz Rojas y el profesor Serra. Muñoz Rojas optó por la Universidad de La Laguna. De esta forma, el profesor Serra fue nombrado catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago por Orden de 26 de julio de 1967.

Las oposiciones se desarrollaron conforme al Reglamento de 25 de junio de 1931, que se mantuvo vigente mucho tiempo, siendo derogado por el Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre. Curiosamente, el Reglamento de oposiciones de 25 de junio de 1931 fue «estrenado», en cuanto a las cátedras de Derecho Procesal, por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. En efecto, las oposiciones de 1932 en las que Alcalá-Zamora y Castillo obtuvo la cátedra de Santiago, ya mencionadas, fueron las primeras que se realizaron con sujeción al Reglamento de 1931.

Sabemos que el profesor Serra presentó como trabajo de firma en el tercer ejercicio de las oposiciones un estudio sobre la intervención del vendedor en el proceso de evicción que posteriormente sería publicado en sus *Estudios de Derecho Procesal* (*ibidem*, pp. 251 y ss.), a los que me referiré en seguida.

El 30 de septiembre de 1970 el profesor Serra fue nombrado, en virtud de concurso de traslado, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo. En consecuencia, permaneció 3 cursos completos en la Universidad de Santiago. Durante todo este tiempo, mantuvo abierto su bufete de abogado de Barcelona. Cada semana viajaba en avión entre Barcelona y Santiago, y, según contó él mismo muchas veces, no eran raras las ocasiones en las que era el único pasajero del avión.

En la cátedra de Santiago sucederían al profesor Serra consecutivamente Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, el ilustre procesalista prematuramente desaparecido, Andrés de la Oliva, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Víctor Moreno Catena, Juan Luis Gómez Colomer, Joan Verger Grau (discípulo también del profesor Serra, y actualmente, por desgracia, víctima de la terrible enfermedad de Alzheimer), y la catedrática actual Raquel Castillejo.

3. Principales aportaciones del profesor Serra al Derecho Procesal durante su estancia en Santiago

La principal contribución realizada por el profesor Serra durante su permanencia en la Universidad de Santiago fue, sin duda, el haber sido capaz de atraer a los estudios procesales a su gran discípulo, y mi querido maestro, el profesor

Francisco RAMOS MÉNDEZ. En el Libro publicado en homenaje al profesor SERRA, el profesor RAMOS ha relatado cómo se produjo el encuentro con su maestro y cuáles fueron los motivos que lo movieron a optar por el cultivo de esta materia (*vid*. RAMOS MÉNDEZ, «La obra procesal del profesor Manuel Serra Domínguez», en VV.AA., *Manuel Serra Domínguez (Liber Amicorum). Realismo y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 37-38).

La otra gran aportación que el profesor SERRA efectuó a los estudios procesales en esa misma época fue la publicación de la obra a la que ya he aludido, esto es, sus *Estudios de Derecho Procesal* (Ariel, Barcelona, 1969). Es una compilación de trabajos procesales que, a mi juicio, constituye, en su conjunto, una de las dos obras más importantes de todas las publicadas por el profesor SERRA, junto a los comentarios que dedicó a la regulación de la prueba en el Código Civil. Los *Estudios* son, a su vez, uno de los libros de Derecho Procesal más relevantes de los publicados en España durante el siglo XX. Un auténtico clásico.

En la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (1969, 4, pp. 999-1003), ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO publicaría una extensa y elogiosa recensión de los *Estudios de Derecho Procesal* del profesor SERRA, en la que, entre otras cosas, decía: «*El profesor de Santiago de Compostela es en la actualidad, si no estoy equivocado, el benjamín de los catedráticos españoles de la disciplina; pero, si en lugar de atenernos a la edad, nos fijamos en la cantidad y la calidad de su obra impresa, comprobaremos en seguida que ocupa puesto muy avanzado en el escalafón correspondiente. Demostración al canto lo es la presente recopilación de estudios, de muy diverso contenido, ya que el volumen, de apretada composición tipográfica, abarca nada menos que 44 trabajos*». El profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO concluía su reseña afirmando que en todos los estudios incluidos en esa obra «*brillan siempre el dominio del asunto y la maestría constructiva*».

Algunos de los trabajos insertos en aquella recopilación fueron publicados de nuevo en 2008 por el profesor SERRA en un hermoso libro titulado *Jurisdicción, acción y proceso* (Atelier, Barcelona, 2008).

Manuel Serra Domínguez y el Derecho de obligaciones

Carlos Rogel Vide
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Teñan moi boa tarde, Donas e Cabaleiros. Quero que as miñas primeiras verbas sexan, no meu galego labrego, de viñas e mais de vides, pra lles dir, pra vos dir que estou ledo de estar eiqui, en Compostela, lembrando ó Mestre Serra Domínguez —que o foi meu e do que tan bos recordos teño—, na compaña, nista Taboa, de xuristas de renome, alguns dos cuais coñezo dende fai maís de medio século —ano mais, ano menos—.

O Mestre Serra enseñoume Procesal Civil no Curso mil novecentos sesenta e oito - sesenta e nove, poucos meses despois do maio parisino e da Folga da Universidade d´eiqui, xeral, duradeira, e din que xeitosa.

As leciós do Serra eran pola mañanciña, en días nos que orvallaba, cando non chovía, non mirando il moito pola asistencia, que, por veces, floxeaba. Estabamos alí, con tudo i entre outros, eu mesmo e mailo Agustín Jorge, o Xoan Miguel Cuétara, o Luís González Guitián, o Carlos Pereira i o noso Francisco Ramos —Direitor Musical, naquil intre, da moi Gloriosa Tuna Compostelana, na que eu tiña praza de pandeireta, con menos anos e menos kilos que oxe—.

Todolos ditos fumos, co pasar dos anos, catedráticos de Dereito, xa na Universidade d´eiquí, xa n´outras d´acolá. No nome d´iles e dos demais meus compañeiros e compañeiras falo, oxe, pola xentil convida que me fixo a Profesora Raquel Castillejo.

Pra me far ben entender por ela e por cantos eiquí estades, falareí, d´hora na diante, na esplendorosa lingua do Cervantes, da que a nosa, feiticeira, é adiantada.

En un primer momento y en el Año de Gracia del Señor de 1968, el Procesal Civil, con aquella Ley de Enjuiciamiento grandota, minuciosa, plagada de referencias a requisitos y plazos a los que no se llegaba por lógica, espantaba a mozas y mozos como nosotros, al filo de los veinte años. Con todo, el miedo se nos pasó pronto a los que íbamos a clase, al ver que no era eso lo que a Serra interesaba, ni lo que enseñaba.

Serra tenía, entonces, 34 años, habiendo ganado la cátedra un año antes. A pesar de la poca diferencia de edad existente —con parámetros de hoy— entre docente y discentes, lo veíamos como alguien mayor o, para ser más exactos, de otra especie: un catedrático, un maestro de su disciplina, condición que percibimos, percibí en él desde el primer momento.

Si no recuerdo mal, hablaba de pie. Si recuerdo, con nitidez, su frente ancha, sus manos blancas, que se movían acompañando el discurso, siempre trabado, coherente. Hablaba comedidamente, con un castellano correcto de acento catalán, midiendo las palabras que, diríase, le salían de dentro, como si las leyese en su cerebro y las fuese mostrando al exterior. En pocas ocasiones he visto, después, tal modo de decir, buscando lo esencial y prescindiendo de lo secundario, modo, con todo, que mucho me gusta e intento practicar en más de una ocasión.

Serra hablaba de, sobre conceptos esenciales, categorías —jurisdicción, acción, proceso, capacidad, representación, legitimación, prueba—, a modo de un teórico del derecho, casi de un filósofo, cual habían hecho los grandes procesalistas italianos de comienzos del XX, a los que citaba y de los que volví a oír hablar en Bolonia, mientras hacía mi tesis doctoral en el Colegio de España, junto con Faustino Gutierrez Albiz y Valentín Cortés, entre otros.

Me refiero a juristas de la talla de Chiovenda (el «Sommo Chiovenda»); de la talla de Carnelutti, formulador de las famosas «coppie carneluttiane» (derecho subjetivo / acción, interés legítimo /sujeción, valgan por casos), que escribió sobre Civil, Procesal, Mercantil y Penal, de Metodología del Derecho y de Teoría General; de la talla de Salvatore Satta, procesalista y novelista de calidad; de la talla, en fin, de Piero Calamandrei, que hizo el Elogio de los Jueces, y escribió sobre Constitución y sobre libertad, poniendo su fe en el Derecho y analizando las relaciones existentes entre categorías como el derecho subjetivo, el interés legítimo, las facultades, los poderes, las potestades, los deberes y las obligaciones.

Poco tiene que ver, lo dicho, con formalidades y plazos y mucho con lo que nos enseñaba Manuel Serra y con el Derecho civil que profeso y, más concretamente, con el Derecho de obligaciones.

Así, la idea de *prescripción* aparece en el comienzo mismo de tal Derecho, cuando se habla de deuda sin responsabilidad respecto de las deudas prescritas, deudas que subsisten incluso desprovistas de acción, en modo tal que, al satisfacerlas, se paga bien y no se incurre en un pago de lo indebido.

De la prescripción, y del «dies a quo» para el cómputo de los plazos de la misma, se habla respecto de la impugnación de la eficacia de los contratos en los que se aprecien vicios, como la violencia o la intimidación, o en supuestos de responsabilidad de los intervinientes en el proceso edificador, en el caso de ruina de la obra.

El asunto de las *presunciones*, ya sean éstas *iuris et de iure* —conllevando fijación legal de los hechos— ya *iuris tantum* —determinando la inversión de la carga de la prueba— aparece, entre otros muchos pagos, en tema de daños o de pérdida o deterioro de la cosa prestada o depositada.

De *diligencia* exigible se habla continuamente, ya sea ésta la estándar del buen padre —de la buena madre— de familia, ya la del buen profesional que ha de atenerse a la «lex artis», hablándose también de *negligencia* como contrapartida y, a renglón seguido, de *culpa*, ya sea *in contrahendo*, *in educando, in vigilando, in eligendo*; ya sea —en otro orden de cuestiones— levísima, leve o lata, equiparable, esta última, al *dolo*, que también aparece por doquier y, con tal presencia y denominación, como uno de los vicios del consentimiento contractual.

Las *acciones*, en el ámbito del Derecho de obligaciones, están al orden del dia. Hay acciones de enriquecimiento sin causa, subrogatorias, revocatorias o paulianas, de nulidad, anulabilidad o rescisión de los contratos, de resolución por incumplimiento, de enriquecimiento sin causa, por ruina de la obra, edilicias por vicios ocultos —«redhibitoria» y «quanti minoris»—, de revocación de las donaciones o reducción de las mismas por inoficiosidad, en fin y sin ánimo exhaustivo. Hay, también, *excepciones* que son traídas a colación como la de compensación o la «inadimpleti» o «non recti adimpleti contractus».

Por supuesto, se habla también de *legitimación*, ya sea esta directa, indirecta o extraordinaria, derivada de la apariencia, cual la del heredero aparente, valga por caso y en determinados casos.

Se habla, asimismo, de *imputabilidad* de los hechos determinantes de la lesión del derecho de crédito y de *responsabilidad* por dicha lesión, hablándose, también, de responsabilidad extracontractual, objetiva o subjetiva, por hechos propios, por hechos ajenos y por hechos de los animales o de las cosas que uno tiene encomendadas a su cargo o de las que obtiene utilidad.

Hasta hace relativamente poco tiempo, en fin y como se recordará, un capítulo entero (el V del Título Primero del Libro Cuarto del Código civil) se ocupaba «De la *prueba* de las obligaciones», abriéndose con unas disposiciones generales al respecto, al frente de las cuales estaba el antiguo artículo 1214, de conformidad con el cual, «incumbe la prueba de las obligaciones —con buen tino— al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone», disposiciones generales a las que seguían seis secciones, relativas, respectivamente, a los documentos públicos y privados, a la confesión, a la inspección personal del Juez, a la prueba de peritos, a la de testigos y, en fin, a las presunciones. El capítulo V, con la misma denominación, permanece en el Código civil actual, si bien referido, tan solo ya, a documentos

En el Derecho de obligaciones, en fin, se habla de *depósito judicial o secuestro,* como se habla de *mediación, transacción y compromiso* como medios empleables para solucionar conflictos, en tal ámbito, por vía extrajudicial.

Muchas son, cual puede verse, las cuestiones procesales que confluyen en el Derecho de obligaciones, teniendo ello una explicación sencilla, que es la siguiente.

Las instituciones de Derecho civil —desde el Derecho romano y Gayo al frente— tripartitas, se dividen en personas, cosas y acciones, acciones de las que resultan derechos o, más genéricamente y si se quiere, situaciones de poder.

Tripartitos también los códigos, se ordenan en torno a los derechos subjetivos —el de propiedad, singularmente—, entendidos como conjuntos unitarios de facultades cuyo ejercicio y defensa se encomienda al titular de los mismos.

Aquí, en el ejercicio y en la defensa, vuelven a aparecer, con todo, las acciones, las excepciones y, de rondón, las restantes categorías procesales que hemos visto.

Tanta es la cercanía, tanta la fraternidad entre el Derecho Civil y el Procesal Civil que, en el Siglo XIX, ambas disciplinas eran enseñadas y escritas por las mismas personas, cual sucedió, señaladamente, con Montalván y Gómez de la Serna, el último de los cuales fue Rector de Madrid, además de profesor de un jovencísimo Alonso Martínez, en la década de los cuarenta del Siglo dicho.

Por todo eso, a alguien como yo, inclinado al Derecho civil desde la misma adolescencia, mucho le gustaron y aprovecharon las enseñanzas matutinas del Maestro Serra Domínguez, gran procesalista, pero también gran civilista, gran jurista, al que mucha vida queda todavía, anclado, como está, en el recuerdo y el respeto de quienes con él estudiaron y aprendieron.

Nada más. Muchas gracias..

Administración de Justicia y juicios paralelos

Pablo García Molina
Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

1. Introducción

Dice el art. 24.2 CE que, entre otros, todos tenemos derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, la realidad es que la presunción de inocencia brilla por su ausencia. Y esto sucede tanto en el proceso como, sobre todo, fuera de él. Tanto es así que actualmente se han cumplido todos los presagios de ORTEGO PÉREZ[1] y el proceso penal ya ha involucionado hacia una aparente presunción de culpabilidad, lo que no es un tema menor, pues, como señala este autor[2], *«está en juego la credibilidad de los ciudadanos en nuestro sistema de justicia y en el proceso penal propio de un Estado de Derecho»*.

A que esto sea así ha contribuido enormemente la publicidad del proceso. Esta, que en principio fue concebida como una garantía para el justiciable, se ha convertido hoy en una amenaza para algunos de sus derechos fundamentales, entre los que destacan el citado derecho a la presunción de inocencia y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En relación con la publicidad del proceso no debemos olvidar que, a diferencia de lo que sucede en el juicio oral, que es público, la fase de instrucción tiene un carácter reservado, lo que se protege, con carácter general, en el art. 301 LECrim en relación con la opinión pública, y, en particular, con respecto a las partes, cuando se acuerde el secreto del sumario previsto en el art. 302 LECrim. La vulneración tanto de la reserva (art. 301 LECrim) como del secreto del sumario (art. 302 LECrim), unido al desprecio absoluto de los medios de comunicación, entre

1. ORTEGO PÉREZ, F., «De los delitos, de ciertas "penas"... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)», *Diario La Ley*, nº 7346, La Ley, 2010.

2. *Ibidem*.

otros, por los derechos fundamentales de los detenidos, es lo que ha dado lugar a los llamados juicios paralelos.

El tema de los juicios paralelos es un problema fuertemente arraigado en nuestra justicia penal, que parece irresoluble y que preocupa a todos los intervinientes en el proceso. El problema es que, como señala ORTEGO PÉREZ[3], desde tiempos remotos se vienen produciendo «*deformaciones procesales*» que, lejos de atenuarse o desaparecer, cada vez van a más, lo que, como señala este autor, merece «*cuando menos una somera aunque sosegada reflexión*». Aunque los juicios paralelos pueden darse en cualquiera de las fases del proceso penal, es obvio que, como señala este autor[4], la «*situación* (…) *se agrava cuando tales juicios de opinión coetáneos a la tramitación procesal no se producen durante el desarrollo de las sesiones del plenario sino desde el momento mismo de practicar las primeras diligencias sumariales*». Se quiera o no, es inevitable que, en muchos casos, al final la presión mediática acabe causando mella en el juez, tanto en el de instrucción como en el del juicio oral. Esto es lo que se ha denominado «*populismo punitivo*», es decir, cuando es la opinión pública la que «fuerza» al juez a tomar sus decisiones en un sentido y no en otro. Esto da lugar a que, por ejemplo, durante la instrucción, pueda acordarse en algunos casos la prisión provisional precisamente debido a esta presión mediática. No obstante, donde esta tiene más trascendencia es en la fase de juicio oral, ya que puede reflejarse y producir efectos perversos tanto en el sentido de la resolución judicial (absolutoria o condenatoria), en la pena concreta que se le imponga al condenado (multa u otras o prisión), en la severidad del castigo (la mayor o menor cuantía o duración de la pena), así como en los beneficios penales (suspensión o sustitución de la pena, concesión del indulto,…) y penitenciarios (progresión de grado, libertad condicional,…). Además, aunque el sujeto finalmente salga absuelto, el sambenito ya no se lo quita nadie, pues si fue denunciado y estuvo detenido, «algo habrá hecho». Ya se sabe que «*cuando el río suena, agua lleva*»[5].

Al hilo de todo ello, y teniendo en cuenta las propuestas que ya se hicieron en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, es necesario formular algunas propuestas que puede adoptar la Administración de Justicia para fortalecer la presunción de inocencia y acabar con los juicios paralelos, o, al menos, para disminuir sus efectos.

---

3. *Ibidem*.

4. *Ibidem*.

5. Refrán español de uso actual que «*explica que de cualquier indicio se puede deducir un hecho*» y que «*se aplica en particular para afirmar de cualquier rumor que tiene algún fundamento*». *Vid.* www.cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=58400&Lng=0 (consultado el 1 de octubre de 2017).

2. La protección de la imagen y de la identidad de los detenidos o presos

En primer lugar, resulta imprescindible que tanto en la instrucción como en el acto del juicio oral se evite el denominado «paseíllo», la «pena de banquillo» y la «pena de telediario», que no son más que los componentes esenciales en los que cimienta el posterior juicio paralelo.

Esto se engloba dentro del «*derecho a la dignidad del investigado/encausado*», que, como señala Calaza López[6], convendría incorporar expresamente a nuestra LECrim y que «*conlleva, como es lógico, que el investigado/encausado* (…) *sea tratado con todo respeto, en sentido amplio, a su honor, dignidad e integridad*». En este sentido, el art. 520.1 LECrim dice desde la redacción originaria de la LECrim que «*la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio*», a lo que ahora se le ha añadido desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que, por ello, «*quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información*». Sin embargo, ello no es suficiente. En primer lugar, porque es un precepto vacuo, carente de detalles y medidas concretas que permitan alcanzar tal fin, y, en segundo lugar, ya que esto tan solo afecta a «*quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores*», pero no a otros actores que tienen un papel esencial en esta cuestión, como es el caso, principalmente, de los medios de comunicación. En este sentido, la redacción de este artículo que proponía *Convergència i Unió* (CiU) en la tramitación parlamentaria de esta Ley iba mucho más allá, porque, en el texto defendido por su diputado D. Jordi Jané i Guasch, proponía que para preservar la presunción de inocencia del detenido, durante las diligencias policiales las autoridades públicas y sus agentes debían evitar filtrar o difundir datos o imágenes a terceros o a medios de comunicación. Sin embargo, aunque, en esencia, lo que pretendían ha quedado garantizado (al menos, teóricamente), la redacción definitiva que nos ha llegado de este artículo es una versión descafeinada de su propuesta.

Es por ello por lo que, en primer lugar, lo que habría que hacer es precisamente evitar esa exposición pública, es decir, no poner al detenido, siempre que

6. Calaza López, M. S., «Fortalecimiento de las garantías procesales y agilización de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017, pp. 41, 42 y 51.

ello fuese posible, a la vista de la opinión pública[7]. Esto ya se dice expresamente en México, donde el imputado tiene, entre otros, derecho «*a no ser expuesto a los medios de comunicación*» (art. 113. XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales). En este sentido, es recomendable que poco a poco se vayan adaptando las sedes judiciales para que cuenten con un aparcamiento a salvo de miradas indiscretas que permita que la Policía pueda entrar y salir de allí sin necesidad de que se haga el famoso «paseíllo». Con ello se reforzaría la seguridad, al tiempo que se protegerían los derechos fundamentales de los detenidos o presos.

La cosa es aún peor, pues, actualmente, como señala ORTEGO PÉREZ[8], la Policía permite la «*exposición pública* [de los detenidos] *esposados y con una bolsa de basura entre sus manos para llevar sus pertenencias».* Con independencia de lo que hemos comentado anteriormente, para evitar esto tan solo es necesario que se dé estricto cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, de forma que nuestro país adopte «*las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física*» (art. 5.1), y ello con independencia de que, como es lógico, se puedan «*aplicar los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas*» (art. 5.2). En definitiva, «*las autoridades competentes deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas*» (considerando 20)[9]. Y es que, lo que no es admisible

---

7. Esto es lo que propuso *Convergència i Unió* (CiU), que decía que para preservar la presunción de inocencia del detenido, durante las diligencias policiales las autoridades públicas y sus agentes deberían evitar la exposición al público del detenido de acuerdo con los principios de proporcionalidad y seguridad.

8. ORTEGO PÉREZ, F., «De los delitos, de ciertas "penas"...», *op. cit.*, y nota 49, donde dice: «*Vid. Diario de Noticias LA LEY, 3 de noviembre de 2009 (LA LEY 12011/2009), donde se dice que: "El presidente de la Audiencia Nacional, Ángel Juanes, ha dicho que hay que evitar que se vuelva a repetir el trato dado a los detenidos del caso Pretoria, a los que se pudo ver esposados durante su traslado. Para Juanes, la protección de la imagen de los detenidos tiene que darse en todos los casos, independientemente del delito y de la naturaleza del delincuente"*».

9. Aunque no es nuestro caso, también se dice a continuación que, «*cuando resulte viable, las autoridades competentes tampoco deben presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión, para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables*» (considerando 21).

es que, como viene sucediendo hasta ahora, sistemáticamente se presente a los detenidos o presos ante la opinión pública y ante el juez esposados y medio desnudos, al habérseles quitado por motivos de seguridad sus pertenencias personales y ciertos elementos de su vestimenta como, por ejemplo, los cordones de sus zapatos y el cinturón de sus pantalones. De hecho, no es extraño ver por los Juzgados de nuestro país, especialmente cuando suben escaleras o mientras van caminado o están en pie, a detenidos a los que se les van cayendo los pantalones, al habérseles quitado el cinturón y ya que difícilmente pueden sujetárselos al estar esposados. El hecho de estar esposados también dificulta que estos puedan firmar su declaración o cualquier otro documento que sea necesario. La Policía espera a estar delante del juez para quitarle al detenido o preso las esposas y lo pasea por todo el Juzgado con ellas puestas. Esto, como señala Ortego Pérez[10], no es más que la «*versión moderna del sambenito y del capirote de los reos durante el procedimiento inquisitorial del medievo*», y por eso mismo debe desaparecer inmediatamente de nuestra realidad judicial. A pesar de todo ello, la Policía[11], en su normativa interna, tan solo dice que «*deberá efectuarse la detención con absoluto respeto a los derechos del detenido*», sin concretar mucho más, salvo en caso de detención de menores, donde sí dicen expresamente que «*se reducirá al mínimo las medidas de seguridad (grilletes, exhibición de armas, lenguaje duro, vehículos celulares, etc.)*». Es cierto que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, algo se está avanzando en este sentido, fundamentalmente en los casos más mediáticos[12], pero aún queda mucho camino por recorrer para que esta forma de proceder se generalice en todos los casos, independientemente de que sean más o menos mediáticos.

3. La protección de la reserva y del secreto del sumario

Como hemos dicho anteriormente, la publicidad del proceso, inicialmente concebida como una garantía para el justiciable, se ha convertido hoy, en la mayoría de los casos, en su peor pesadilla. Es por ello por lo que, como señala Orte-

10. Ortego Pérez, F., «De los delitos, de ciertas "penas"...», *op. cit.*

11. *Vid.* las Orientaciones para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial, pp. 33 y 40.

12. Como atestiguan las recientes detenciones de D. Jaime Ignacio González González, en la llamada Operación Lezo, y de D. Ángel María Villar Llona, en la llamada Operación Soule, que no fueron esposados al ser detenidos en el año 2017, en contraposición con la detención de D. Francisco Huguet Queralt, en la llamada «trama del fuego», que, precisamente porque no recibió igual trato, ha reclamado al Estado una indemnización de 40.000 € por los daños producidos a su imagen durante su arresto en 2015. No obstante, también hay que recordar la detención aquel año de D. Rodrigo de Rato y Figaredo, que, al igual que ha sucedido en los dos primeros casos citados y en contra de este último, no fue esposado al ser detenido. Esto demuestra que, efectivamente, como decía George Orwell en su novela «Rebelión en la Granja», «*todos somos iguales, pero algunos somos más iguales que otros*».

GO PÉREZ[13], «*sin perder de vista su primigenia finalidad de no obstaculizar la buena marcha de la investigación, estimo que hoy parecería más oportuno y certero invertir los términos en los que viene formulado aquel pasaje del preámbulo de la Ley procesal, e interpretarlo en el sentido de que el secreto habría de levantarse "desde el momento en que la sociedad, por medio de la publicidad de las actuaciones sumariales, no entrañe un peligro para los derechos del imputado"*».

En este sentido, tal como se proponía en el art. 113.1 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, no se debería proporcionar a los medios de comunicación información alguna sobre las actuaciones del procedimiento que aún no se hubiesen notificado a las partes afectadas o a las que estas no hubiesen podido tener acceso por causas que no les fuesen imputables. Esto parece que es algo de puro sentido común, pero son frecuentes las quejas de los abogados en el sentido de que tienen conocimiento de lo actuado o de lo resuelto por el Juzgado, se haya acordado el secreto del sumario o no, por los medios de comunicación antes que a través de la notificación formal por el propio Juzgado[14]. De hecho, son varios los casos en los que esto ha sucedido, afectando a policías[15], testigos[16], abogados[17] y hasta magistrados del Tribunal Supremo[18]. Y es que, como reconoce CERDÁN ALENDA[19], «*quienes, generalmen-*

---

13. ORTEGO PÉREZ, F, «De los delitos, de ciertas "penas"...», *op. cit.*

14. *Vid.* CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante el secreto del sumario», *CIC Cuadernos de Información y Comunicación*, vol. 15, 2010, p. 296, disponible en www.revistas.ucm.es/index.php/CIYC/article/view/CIYC1010110287A (consultado el 1 de octubre de 2017), donde dice que «*también se quejan los letrados de que los encausados desconocen el contenido del sumario y que los periodistas se enteran antes*».

15. A tal efecto puede verse el artículo periodístico publicado en el diario El País el 27 de noviembre de 2008, titulado «La judicatura se encara con los Mossos en Barcelona», disponible en www.elpais.com/elpais/2008/11/27/actualidad/1227777429_850215.html (consultado el 1 de octubre de 2017).

16. Como dice CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante…», *op. cit.*, p. 297, en el caso Gürtel, «*los periodistas* [del diario El País] *fueron acusados de publicar transcripciones de conversaciones y de vulnerar el secreto sumarial. Sin embargo, lo que sucedió fue que los periodistas tuvieron acceso a la información a través del testigo principal del proceso, quien facilitó las mismas grabaciones que entregó a la policía y que sirvieron para iniciar la investigación*».

17. Como reconoce CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante…», *op. cit.*, p. 293, algunos «*despachos* (…) f*otocopian los sumarios para los periodistas y luego son publicados y todo ese proceso se ha asumido como tal*».

18. En este sentido, recientemente la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo ha sancionado a D. Francisco Javier Orduña Moreno, magistrado de la Sala de lo Civil de dicho tribunal, por haber divulgado una sentencia antes de que hubiera sido notificada a las partes.

19. CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante…», *op. cit.*, p. 295. Como señala este autor más adelante, los «*filtradores*» pueden ser «*un policía despechado que busca venganza o politizado que pretende favorecer a sus correligionarios. En este campo tienen un papel protagonista los sindicatos por el enfrentamiento con los mandos o las inclinaciones políticas de muchos comisarios*»; «*un juez que tiene el sumario varado y necesita un revulsivo. Generalmente, va dirigido a poner nerviosos a los implicados para que se comuniquen por teléfono y cometan errores en sus conversaciones*»; «*un abogado defensor que busca con la filtración reventar el sumario mandando mensajes a quienes están en libertad*», e, incluso, «*la Fiscalía que se enfrenta a un juez que no está por la labor de abordar la investigación*» (p. 296). Y es que, en efecto, hemos de tener en cuenta que «*sólo se puede ejecutar si cuenta con ayuda desde dentro. Si nos atenemos al funcionamiento de nuestra justicia el periodista sólo podría enterarse del contenido del sumario a través de los siguientes canales: - un funcionario judicial - la secretaria judicial - el magis-*

te, facilitan a los periodista la información de esos sumarios judiciales son hombres de derecho o miembros de la Administración de Justicia».

Al respecto, hemos de tener en cuenta que la vulneración tanto de la reserva (art. 301 LECrim) como del secreto (art. 302 LECrim) del sumario están sancionados, incluso penalmente, si son cometidos por el abogado o procurador de cualquiera de las partes, los funcionarios públicos o cualquier otra persona que no sea funcionario público. De hecho, el apartado cinco del artículo cuarto del EOMF ya permite que el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, pueda «*informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan*», pero «*siempre* [como no podía ser de otro modo] *en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados*». Sin embargo, los periodistas quedan al margen de esta previsión[20]. Y la pregunta es, ¿por qué? Hemos llegado al punto en el que los periodistas piensan que contravenir el secreto del sumario, al menos en algunos casos, está bien. Que no pasa nada. Básicamente, lo que muchos piensan es que no se debe vulnerar el secreto de sumario, salvo si es en beneficio de un teórico bien común, pues, como señala CERDÁN ALENDA[21], «*si el periodista* [que] *vulnera el secreto sumarial beneficia al interés general y no perjudica los intereses del magistrado la información puede ser de gran valor para la opinión pública*». Sin embargo, si se ha acordado el secreto del sumario, su vulneración no puede ni beneficiar el interés general (más bien lo contrario, pues precisamente por el interés general es por lo que se ha acordado), ni perjudicar los intereses del magistrado, que no son tales, porque, a lo sumo, serían los intereses de toda la sociedad. Pero ahí no acaba la cosa, pues los periodistas también dicen que si se producen filtraciones sobre el secreto de la investigación *«deben ser siempre objetivas y nunca interesadas»*[22], como si ello fuera posible.

---

trado - un fiscal - la policía judicial - o directamente por los testigos o imputados que han declarado en la causa secreta o por sus abogados que han podido estar presentes» (p. 297). No obstante, como señala este autor, según su experiencia profesional, «*la mayoría de las veces la filtración procede de esos protagonistas ajenos a la maquinaria judicial o de sus abogados*» (p. 298).

20. *Vid.* HERRERO AGUADO, C., *Periodismo de Sucesos y Tribunales. Tratamiento informativo de la violencia social*, Padilla Libros Editores & Libreros, Sevilla, 2003, p. 98, citada por ROMÁN SAN MIGUEL, A., «El periodismo de sucesos y tribunales en las facultades de comunicación españolas», en FERNÁNDEZ SANZ, J. J., SANZ ESTABLÉS, C. y RUBIO MORAGA, Á. L. (Coords.), *Prensa y periodismo especializado 4. IV Congreso Internacional Prensa y Periodismo Especializado (historia y realidad actual)*, vol. 1, 2009, p. 200 y nota 14.

21. CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante…», *op. cit.*, p. 295.

22. RONDA IGLESIAS, J., «Los retos del periodismo judicial», *Ámbitos*, nº 1, 9, 1998, pp. 125 y 128 , disponible en idus.us.es/xmlui/handle/11441/14798 (consultado el 1 de octubre de 2017), donde dice que «*los periodistas deben admitir y no vulnerar el secreto del sumario para no influir en la labor procesal, y de esta manera no dañará a los imputados o a la investigación judicial, aunque el informador podrá buscar un punto intermedio y hacer gala de su responsabilidad a la hora de realizar su trabajo*».

Por todo ello, cabe plantearse si se podría y si se debería sancionar a los periodistas y a los medios de comunicación que vulnerasen la reserva o el secreto del sumario. Dice CERDÁN ALENDA[23] que «*los periodistas no son una casta diferente ni pueden aspirar a una patente de corso*», sino que «*están sujetos al ordenamiento legal como el resto de los ciudadanos*». Sin embargo, esto no es del todo cierto. No, al menos, en lo que se refiere a la responsabilidad por la vulneración de la reserva o del secreto del sumario, pues, como ya hemos visto anteriormente, a ellos es muy difícil que les afecte lo dispuesto en los arts. 301 y 302 LECrim y en los correlativos del CP. En este sentido, como señala este autor[24], «*algunos jueces pretenden que se castigue también a los periodistas*». Y no son los únicos, pues cada vez son más las voces que piden sancionar a los periodistas y a los medios de comunicación que vulneren la reserva, pero, sobre todo, el secreto del sumario. A nuestro juicio, ya ha llegado la hora de que, si realmente se quieren proteger los derechos fundamentales de los detenidos o presos, se prohíba y se sancione a los periodistas que, estando el sumario bajo secreto, publiquen todo o parte de su contenido. Al menos en estos casos, que son los más trascendentes, debe salvaguardarse el derecho de defensa y el resto de derechos fundamentales de los detenidos o presos por encima del derecho a la información. No tiene sentido alguno lo que sucede en muchos casos actualmente en los que las partes desconocen lo actuado por haberse acordado el secreto del sumario y, en cambio, ello es *vox populi* para la opinión pública a través de los medios de comunicación.

También habría que prever, tal como hacía el art. 132.4 de la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, que si se difundiera públicamente por cualquier medio información sobre el proceso, con vulneración del secreto de las actuaciones o en su caso de los deberes de sigilo y reserva previstos en la LECrim, el Tribunal de oficio o instancia del Ministerio Fiscal (o, añadimos nosotros, de cualquiera de las restantes partes) pudiera acordar, previa ponderación de los intereses en conflicto el cese de la difusión, siempre que esta pudiera comprometer gravemente el derecho a un proceso justo o los derechos fundamentales de los afectados. Es una norma que, como señala GONZÁLEZ GARCÍA[25], despertó «*una gran polémica, especialmente en el lado de los medios*», sobre todo si tenemos en cuenta que, en caso de incumplimiento, se podía «*incurrir en eventuales responsabilidades penales*». En esta

---

23. CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante…», *op. cit.*, p. 292.

24. CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante…», *op. cit.*, p. 294, donde cita expresamente a «*Grande Marlaska de la Audiencia Nacional*».

25. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Las relaciones entre el proceso penal y los medios de comunicación en el anteproyecto de código procesal penal de 2013: el deber de reserva sobre las actuaciones en la fase de investigación», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 104, La Ley, 2013.

línea, HERNÁNDEZ GARCÍA[26] propone que se pueda acordar «*la prohibición temporal, durante toda la fase de enjuiciamiento en primera instancia, de realizar entrevistas a testigos, coimputados o peritos o la reproducción de declaraciones autoincriminatorias prestadas en fase anteriores por el inculpado sin las debidas garantías*» y «*la prohibición de publicación durante la fase de juicio oral de medios de prueba obtenidas de manera ilícita o cuya ilicitud haya sido declarada por un tribunal*». Pese a que estas medidas nunca se han llegado a implantar en nuestra LECrim, lo cierto y verdad es que en nuestro país sí se ha hecho uso de ellas, o de algunas similares. Concretamente, se han utilizado en el llamado asunto «Football Leaks», en el que D. Arturo ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, juez titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid, acordó «*la paralización y o prohibición de publicación, ya sea en edición impresa o digital, de la información confidencial de carácter personal, financiera, fiscal y o de índole legal, de los clientes de la entidad SENN FERRERO, al que haya podido tener acceso el consorcio de periodistas EUROPEAN INVESTIGATION COLABATIONS*», señalándose además que el plazo de esta prohibición se iniciaba desde ese día y duraba «*el tiempo de tramitación de las diligencias previas* (…)*, hasta su finalización*». Esto no hace más que demostrar la necesidad de una regulación en este sentido, como ya sucede en Argentina, donde «*si por la extensión del debate la incomunicación no fuera posible, el tribunal podrá ordenar que los medios de comunicación difieran la difusión audiovisual de aquellos testimonios que pudieren afectar sustancialmente el contenido de declaraciones ulteriores, hasta tanto cesaren los motivos que hubieren dado lugar a esta restricción*», aunque «*no obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, pero los jueces apreciarán esta circunstancia al valorar la prueba*» (art. 263 del Código Procesal Penal de la Nación).

Finalmente, otro artículo que habría que incorporar a la LECrim es el art. 132 de la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, que establecía diversas medidas para que tanto durante la fase de investigación, como finalizada la fase de investigación y hasta la apertura del juicio oral, como desde este momento hasta el momento en que se dictase sentencia, se pudiese requerir al encausado, a testigos, a peritos, a los profesionales, o a cualquier tercero que hubiese tenido acceso a la información que conviniese mantener reservada, para que se abstuviesen de revelar fuera del proceso el contenido de las declaraciones o cualesquiera datos o informaciones sobre los hechos investigados de los que hubiesen tenido conocimiento[27]. Lo que, como

---

26. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos», en PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), *Problemas actuales de la Justicia Penal,* Bosch, Barcelona, 2001, p. 88.

27. Algo así se preveía también en relación a los testigos en el art. 380.4 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, cuando decía que, terminada la declaración, el fiscal debía advertirle que estaba obligado a mante-

señala GONZÁLEZ GARCÍA[28], «*a contrario sensu, significa que, en caso de no mediar la prohibición, los mencionados en el precepto gozarán de libertad para difundir los datos que conozcan sin mediar responsabilidad más allá de la que les ataña desde sus respectivos estatutos deontológicos*». Esto, desde luego, no es ninguna novedad, pues ya está en marcha en Argentina, donde se puede «*prohibir a las partes, testigos, peritos, intérpretes y demás intervinientes que divulguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación durante el desarrollo del juicio sobre cuestiones que hayan sido excluidas de la publicidad*» (art. 252 del Código Procesal Penal de la Nación). Y lo mismo sucede en Chile, donde se puede «*prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio*» (art. 289 del Código Procesal Penal). Ahora bien, el uso de lo dispuesto en este artículo debería ser muy restringido y, en todo caso, autorizado mediante auto motivado. Aun así, hemos de advertir el posible conflicto entre lo dispuesto en este artículo y el derecho a la defensa del detenido o preso, y, especialmente, en su ejercicio por parte de su abogado, que podría verse seriamente limitado en el ejercicio de su defensa por lo dispuesto en el mismo.

4. La transmisión de la información

Finalmente, otro de los aspectos a analizar en relación a las medidas que puede adoptar la Administración de Justicia para fortalecer la presunción de inocencia y acabar con los juicios paralelos, o, al menos, para disminuir sus efectos, es el de cómo y por quién se informa sobre casos judicializados aún pendientes de sentencia firme. Como señala RONDA IGLESIAS[29], el periodismo de tribunales es diferente al resto porque «*no suele haber ruedas de prensa por norma*», ni «*fuentes informativas oficiales*», ni «*convocatorias de ruedas de prensa o comunicados para los medios*», sino que «*la información de tribunales discurre por despachos de abogados, pasillos de juzgados, asistencia a juicios, esperas en las puertas del juzgado de guardia*». En efecto, como señala CERDÁN ALENDA[30], «*en España, los jueces no tienen la obligación de facilitar información a los periodistas. Así lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe expresamente a jueces y magistrados, en su artículo 396, que "revelen hechos que afecten a personas físicas o jurídicas de los que haya tenido conocimiento*

---

ner la reserva de su declaración, quedándole prohibido revelar el contenido de su testimonio o realizar manifestación pública sobre el mismo.

28. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Las relaciones entre…», *op. cit.*

29. RONDA IGLESIAS, J., «El periodismo judicial en España», *Ámbitos*, nº especial 9-10, 2º semestre 2002, 2003, p. 189, disponible en idus.us.es/xmlui/handle/11441/14795 (consultado el 1 de octubre de 2017).

30. CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante…», *op. cit.*, p. 294.

en el ejercicio de sus funciones"». Sí lo puede hacer, en cambio, el Ministerio Fiscal, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cinco del artículo cuarto del EOMF, para el ejercicio de sus funciones, puede (aunque no suele hacerlo habitualmente) «*informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados*». A pesar de todo ello, sería deseable que esta situación cambiase. En este sentido, sería muy interesante que, de forma similar a lo que preveía el art. 111.1 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y el art. 134.3 de la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, la Policía Judicial no pudiese realizar ninguna comunicación a los medios que no hubiese sido previamente autorizada por el Juez de Instrucción responsable de la investigación. En cierto modo esto ya está previsto en Chile, donde los funcionarios policiales no pueden informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encuentren o puedan resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible (art. 92 del Código Procesal Penal), y concuerda, en gran parte, con la propuesta que hacía *Convergència i Unió* (CiU) a la que hemos hecho referencia anteriormente. De hecho, de forma similar a lo que señalaban los arts. 110.2 y 111 y siguientes del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y 134.1 y 2 de la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, debería ser el Juez de Instrucción quien trasmitiese a los medios de comunicación la información imprescindible sobre el curso del procedimiento de investigación cuando existiese un interés informativo relevante[31]. Esto es especialmente necesario en el momento actual en el que hemos pasado de tener jueces estrella a cuerpos policiales estrella. Al respecto, no hemos de olvidar que muchos tribunales ya tienen oficinas de prensa a estos efectos, por lo que simplemente se debería potenciar estas, canalizando a través de ellas las informaciones de juzgados de menor entidad. También es cierto que se podría optar por que fuese el Ministerio Fiscal quien trasmitiese esta información, como preveían estos proyectos *non natos* para la creación de una nueva LECrim. En estos casos, esto tenía mucho sentido que fuera así, ya que en ambos proyectos era el Fiscal, y no el Juez de Instrucción, quien ejercía las labores instructoras. No obstante, también es cierto que, como actualmente el apartado cinco del artículo cuarto del EOMF ya permite que el Ministerio Fiscal pueda ejercer

31. En este sentido *vid*. el artículo periodístico publicado en el diario El País el 12 de julio de 2006, titulado «Alegret censura a los Mossos», disponible en www.elpais.com/diario/2006/07/12/catalunya/1152666449_850215.html (consultado el 1 de octubre de 2017), en el que se dice que «*la presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), Maria Eugenia Alegret, reprochó* (…) *a los Mossos d'Esquadra que dieran un "exceso de detalles de la investigación" al informar sobre la detención de la presunta asesina de ancianas, Remedios Sánchez*». Y es que, en efecto, como dijo la magistrada en aquel momento al criticar la «política informativa» de los Mossos d'Esquadra, «*una cosa es tranquilizar a la sociedad diciendo que se la ha detenido y la otra dar detalles de una investigación en curso*».

estas funciones informadoras, como acabamos de ver, bien podría asignarse esta función a este en base al mismo.

5. Conclusiones

Como acabamos de ver, las medidas (o, al menos, algunas de ellas) que puede adoptar la Administración de Justicia para fortalecer la presunción de inocencia y acabar con los juicios paralelos o, al menos, para disminuir sus efectos, afectan básicamente a tres cuestiones distintas: a la protección de la imagen y de la identidad de los detenidos o presos, a la protección de la reserva y del secreto del sumario, y a la información que se pueda proporcionar desde los cauces oficiales a los medios de comunicación. Pero es obvio que estas medidas no bastan, también es necesario que estos últimos adopten ciertas medidas que exceden del ámbito de este trabajo, si no para que desaparezcan, al menos, para que se minimicen los perjudiciales efectos de los denominados juicios paralelos. No obstante, ya que la alusión a la autorregulación de los medios de comunicación se ha demostrado ineficaz, es necesario que el legislador tome cartas en el asunto para garantizar el derecho a la presunción de inocencia del sujeto pasivo del proceso penal y evitar los juicios paralelos. Muchas de estas medidas ya fueron propuestas en los proyectos *non natos* para la creación de una nueva LECrim, pero, desgraciadamente, estas sugerencias no han sido acogidas por el legislador en las últimas reformas de la LECrim que se produjeron en 2015. Lo peor es que muchas de ellas, aunque no están previstas en nuestro país, sí lo están, en cambio, en otros países de nuestro entorno, a los que deberíamos seguir en la regulación de estas cuestiones.

6. Bibliografía

CALAZA LÓPEZ, M. S., «Fortalecimiento de las garantías procesales y agilización de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017.

CERDÁN ALENDA, M., «El periodista ante el secreto del sumario», *CIC Cuadernos de Información y Comunicación*, vol. 15, 2010, disponible en www.revistas.ucm.es/index.php/CIYC/article/view/CIYC1010110287A (consultado el 1 de octubre de 2017) .

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Las relaciones entre el proceso penal y los medios de comunicación en el anteproyecto de código procesal penal de 2013: el deber de reserva sobre las actuaciones en la fase de investigación», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 104, La Ley, 2013.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos», en PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), *Problemas actuales de la Justicia Penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

ORTEGO PÉREZ, F., «De los delitos, de ciertas "penas"... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)», *Diario La Ley*, nº 7346, La Ley, 2010.

ROMÁN SAN MIGUEL, A., «El periodismo de sucesos y tribunales en las facultades de comunicación españolas», en FERNÁNDEZ SANZ, J. J., SANZ ESTABLÉS, C. y RUBIO MORAGA, Á. L. (Coords.), *Prensa y periodismo especializado 4. IV Congreso Internacional Prensa y Periodismo Especializado (historia y realidad actual)*, vol. 1, 2009, disponible en idus.us.es/xmlui/handle/11441/31551.

RONDA IGLESIAS, J., «Los retos del periodismo judicial», *Ámbitos*, nº 1, 9, 1998, disponible en idus.us.es/xmlui/handle/11441/14798.

—«El periodismo judicial en España», *Ámbitos*, nº especial 9-10, 2º semestre 2002, 2003, disponible en idus.us.es/xmlui/handle/11441/14795.

Juicios paralelos: ¿libertad de información o retroalimentación no jurídica perjudicial para la investigación?

Mar Montón García
Profesora Contratada Doctor de Derecho Procesal
Universidad Rey Juan Carlos

Hablar de juicios paralelos puede provocar en nuestra sociedad una cierta inseguridad a la hora de no verse protegidos jurídicamente en todos los ámbitos legales en los que debería realizarse.

Nuestro Derecho español tiene el compromiso con sus ciudadanos, que habiendo confiado su propia seguridad a los Órganos Jurisdiccionales y en concreto a sus Juzgados y Tribunales, deberán responder con una protección completa no sólo a la hora de resolver cualquier tipo de delito, castigando al autor de los hechos; sino también protegiendo a los presuntos autores a lo largo de su periplo judicial y procesal hasta el momento en que un Tribunal dicte sentencia, momento final de cualquier proceso.

Sin embargo no todo va a resultar tan simple, a aquello que en un principio ya no es fácil y que dependiendo del caso pudiera convertirse en claramente complicado, se suma la inclusión de los medios de comunicación, que si en ocasiones resulta verdaderamente positiva y eficaz para la investigación; en otras situaciones puede vulnerar los principios y garantías procesales que todo ciudadano debiera disfrutar, así como el Ordenamiento jurídico proteger.

Todo sería más sencillo y eficaz si existiera una estrecha colaboración entre el mundo jurídico y el mundo de la comunicación, puesto que existen casos en los que la investigación que pueden llegar a conseguir los periodistas, resulta imprescindible para el desarrollo y continuación del proceso judicial e incluso en determinados casos reabrir procesos ya cerrados.

En mi opinión este excepcional trabajo en conjunto tendría que estar judicializado por un contrato de confidencialidad a lo largo de la investigación hasta que éste finalizara para intentar que los medios no alteraran el normal desarrollo del proceso, es decir, que la información no judicialice, que no se encarguen de juzgar a personas que no han sido aún condenadas; sino que se informe de lo que ya es judicial, lo que ya ha sido juzgado por los órganos encargados para ello.

Tarea complicada al aunar tres conceptos: Derecho a la presunción de inocencia, Derecho a la información y Derecho a la intimidad, honor y propia imagen.

Y es que no todos los ciudadanos disfrutamos siempre del primero de ellos, incluso en la propia investigación; ya que son los profesionales jurídicos los encargados de recopilar pruebas, indicios que nos inculpen de aquello que en un principio nos declaramos no responsables o autores de haberlo cometido.

De la misma manera, todos los ciudadanos debemos y tenemos Derecho a recibir información de todo lo que ocurre a nuestro alrededor independientemente de si nos afecta de forma directa o indirecta[1].

Y por último todos los ciudadanos tenemos que ser respetados y protegidos sin que se vulnere ninguna garantía constitucional, ni se altere nuestra intimidad pudiendo verse dañado nuestro honor e imagen, que podrá provocar perjuicios irreparables para el resto de nuestra existencia.

1. ¿En qué momento hablamos en España de la presunción de inocencia?

El primero de los conceptos que hemos mencionado ha sido el principio de presunción de inocencia[2]. Si nos retrotraemos en el tiempo y de una manera

---

1. Art. 20 Constitución Española: «*Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 12 Derecho a la libertad personal Derecho a la intimidad. Inviolabilidad del domicilio Libertad de residencia y circulación Libertad de expresión 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial*».

2. Artículo 24.2 Constitución Española: «*Asimismo, todos tienes derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público*

rápida y concisa, ya era Montesquieu el que iba un poco más allá y veía una nueva y moderna justica en las palabras de la época, diciendo «*La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en creer que se tiene la seguridad. Esa seguridad no está nunca más comprometida que en las acusaciones pública o privadas. Por consecuencia, de la bondad de las leyes criminales depende principalmente la libertad del ciudadano*»[3]; lo que se deduce que la libertad completa es aquella que garantiza en un principio la inocencia de los ciudadanos, apoyado en la conocida expresión y no muy jurídica de «Todo el mundo es inocente hasta que no se demuestra lo contrario»[4].

Y es que como bien se ha demostrado, no toda persona investigada, encausada en un proceso judicial resultará culpable de esos hechos; e incluso hay ocasiones (las menos) que personas que habiendo sido juzgadas y declaradas culpables por sentencia firme, se demuestra con el tiempo y con la apertura de nuevas investigaciones que no cometieron los hechos que les llevaron a cumplir la pena que se le impuso en su momento, situaciones muy graves para el Estado al que se le exigirá indemnización por el mal funcionamiento de la justicia o incluso responsabilidad por errores judiciales de sus propios funcionarios; circunstancias negativas para el equipo judicial español, y extremadamente perjudiciales para aquellos que cumplieron con la pena impuesta sin ser responsables de ello o bien por falta de pruebas, indicios erróneos, investigaciones incorrectas o destrucción de pruebas, y que a su vez fueron juzgadas y condenadas no sólo por los Jueces sino por la propia sociedad en los peligrosos y destructivos Juicios paralelos.

En nuestro Ordenamiento Jurídico Español, la acepción de la presunción de inocencia como derecho no se recoge hasta la Constitución de 1.978, cuando en otros países vecinos como Francia ya se aludía hacía tiempo desde la Declaración Francesa de 1.789[5], todo esto era debido, según apunta Ovejero[6], «*a que existía una gran falta de confianza en los Jueces y no se les reconocía como instrumen-*

---

sin *dilaciones indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*».

3. Montesquieu, *El espíritu de las Leyes*, Libro XII. Capítulo 2, Editorial el Ateneo, Madrid, 1951.

4. Como también apoya Beccaría: «*Un hombre no puede ser considera culpable antes del a sentencia de un Juez… ante la ley es inocente hasta que el delito se haya probado*», en *De los delitos y penas* (Tratado de De las Casas, J. A. Introducción y notas de Del Val, J. A., Editorial Alianza Editorial, Madrid. 1996.

5. Miguel Artola, en su Discurso de entrada en la Real Academia de la Historia leído el 2 de mayo de 1982 dice «*que las declaraciones de derechos europeas toman como fuente esta Declaración Francesa de 1789, texto que es, sin duda, el más decisivo e influyente texto legal en el desarrollo constitucional del Continente Europeo*», en Artola, M., *Las Declaraciones de Derechos*, Editorial Real Academia de la Historia. Madrid, 1982.

6. Ovejero Puente, A. M., *El régimen constitucional al Derecho Fundamental de la presunción de inocencia*, Universidad Carlos III de Madrid (Tesis doctoral), Madrid, 2004.

to de garantía de la libertad individual de cada ciudadano, en pocas palabras, no se fiaban del arbitrio judicial que componía el Estado de la época.

En el momento en que se encontraba España, podemos decir que no se protegía la presunta inocencia de una persona de la que no se sabía si había cometido el delito del que se le acusaba. Pasado el tiempo y por la propia evolución del país, no será hasta la promulgación de la Constitución de 1.978 momento en el que se otorgó protección pre-procesal a todos los ciudadanos, garantizando que ninguna persona sufriría la intervención o castigo del Estado en su libertad personal hasta que no se mediara juicio justo[7].

He aquí el primer paso para la inclusión de la tan importante presunción de inocencia en nuestra legislación, considerado por unos como una garantía constitucional y por otros como un derecho fundamental que tiene que cumplirse y que hay que proteger.

2. ¿La presunción de inocencia actual es un derecho fundamental?

En la actualidad, la mayoría de la doctrina considera a este principio de presunción de inocencia como un derecho fundamental puesto en práctica por el Derecho Penal cuya función principal es la de recabar datos sobre la veracidad o no de la supuesta implicación del investigado en los hechos y que lo hará efectivo ejecutando dicha información conseguida el Derecho Procesal Penal, tomando la decisión de juzgar y sentenciar haciendo que desaparezca de esa manera el principio de presunción de inocencia por una investigación realizada en el tan complicado y fascinante proceso judicial[8].

Así pues, si partimos de la base de que esta presunción es un Derecho intrínseco de toda persona que forma parte de nuestro Estado de Derecho, serán los Órganos Judiciales los encargados de iniciar las pertinentes actividades de investigación para recabar pruebas e indicios que puedan involucrar al sujeto presuntamente inocente en la realización de unos hechos de los que se supone es responsable y que en una futura sentencia pueda declararse culpable del

---

7. La procedencia de la expresión viene del latín «*présopmtion*» derivación de «*praesumtio-ónis*», que significa idea anterior a toda experiencia y el segundo vocablo, inocencia, procede también del latín «*innocens*» que significa virtuoso, calidad del alma que no ha cometido pecado. El origen de su significado se remonta a la Edad Media donde representaba una actitud de repudio al sistema procesal inquisitivo, en el que el acusado debía comprobar la improcedencia de la imputación de la que era objeto.

8. Cárdenas Rioseco, R. F., *La Presunción de inocencia*, Editorial Porrúa S.A., 2ª edición, México, 2006.

delito, aunque hasta llegar a ese último y firme tramo judicial hay que escalar bastantes escalones dentro del procedimiento.

3. Debilidad de la presunción de inocencia

Dentro del apartado de la investigación que tienen que realizar los Organismos Institucionales procesales y a lo largo de él, el tiempo, dependiendo del caso concreto será más o menos largo, lo que hará tambalear, en ocasiones, la tan ya debilitada presunción de inocencia debido a la inclusión de los medios de comunicación en determinados asuntos que por su impacto social se hagan públicos en televisión, periódicos, radios, provocando en la persona investigada daños irreparables en su imagen, derecho y honor, perjudicándole en su círculo social, personal y profesional, si una vez finalizado el proceso judicial no se encontrasen indicios o pruebas suficientemente válidas para condenar a esa persona.

Y es que como bien apunta la doctrina de Miguel Ángel MONTAÑÉS[9], este derecho de la presunción de inocencia debe entenderse como una de las mayores garantías del proceso penal, en las que surge la presunción de culpabilidad por la que será el propio investigado el que tenga que demostrar que no ha cometido los actos de los que se le acusan, circunstancia que hace que nos replanteemos que en nuestro proceso judicial español la teoría no se corresponde con la práctica real que se está llevando a cabo en los Juzgados. Si así fuera el presunto autor de los hechos no tendría que defenderse de actos que se supone no ha cometido, pudiendo verse reducidos sus derechos durante la ejecución del proceso; sino que los que deberían presentar pruebas son aquellos que lo intentan inculpar, en definitiva, la propia acusación; más tarde serían los Jueces y Magistrados los encargados de otorgar veracidad o no a todo lo presentado decretando la absolución del encausado (ya no investigado porque el proceso ha seguido su curso) si es que la culpabilidad no queda demostrada de manera suficiente.

De todo esto se deduce que este principio de presunción de inocencia tendrá que mantenerse a lo largo de todas las fases del proceso y no sólo en el periodo de la instrucción o investigación, ya que si se diera el caso, éste únicamente desaparecerá en el instante en que la autoridad judicial dictase sentencia condenatoria; es sólo en ese momento cuando la persona pierde su presunción de inocencia, entrando en el ámbito de la culpabilidad efectiva legalmente seña-

9. MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia. Análisis doctrina y Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

lada por un Juez, instante en el que las pruebas presentadas por la parte acusadora acreditan la autoría del hasta ahora presunto autor de los hechos; desaparecida ésta, se convierte en responsable legítimo de los actos.

4. ¿Qué relación tienen estos principios: presunción de inocencia, principio de duda y principio «*in dubio pro reo*»?

En este momento podemos decir que surge la confluencia de tres principios en el inicio de cualquier proceso judicial, el principio de presunción de inocencia, el no sabemos si correctamente llamado principio de duda y el principio «in dubio pro reo».

La interrelación de todos ellos puede resultarnos complicada a la hora de situarlos en el proceso dependiendo del momento procesal en que nos encontramos, pero podemos resumirlo de forma breve para que resulte más claro.

Y es que una vez que se da por incoado un proceso y como ya hemos dicho, automáticamente surge el principio de presunción de inocencia y que continuará a lo largo de todo el periplo procesal; junto con éste se incluirá de manera estrecha el llamado principio de duda, sobre la propia «inocencia» del investigado y que provoca la incertidumbre de si es cierto o no aquello de lo que se le acusa. Por lo tanto podríamos concretar diciendo que las dudas se manifiestan en todos los procesos en los que se tenga que desenmascarar o descubrir en definitiva al verdadero autor de esos hechos, que podrá ser aquel que defendió en un principio su inocencia y que por las pruebas recabadas o recopiladas sean suficientes para condenarlo, o bien que gracias a esa duda racional se demuestre su falta de actuación en los hechos sobre los que en un primer momento se le inculpó de manera indirecta.

Otra cosa es la conexión con el Principio «in dubio pro reo», en este caso estamos ante un momento procesal distinto, la presunción de inocencia está tambaleándose porque la investigación va cercando al autor de los hechos; aunque seguirán existiendo dudas sobre la auténtica comisión de éstos, sin embargo la ley le tenderá una mano al investigado para beneficiarle en el momento de la valoración de las pruebas. Muy distinto en la práctica a la presunción de inocencia que adquiere eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las que se practicaron en la instrucción no reúnen las garantías procesales suficientes para apoyar a la acusación y continuar el proceso.

5. ¿Existe conexión del principio de presunción de inocencia con el derecho al honor, intimidad y propia imagen?

La protección de la presunción de inocencia conlleva salvaguardar el Derecho al honor, intimidad y propia imagen, regulado en el artículo 18 de la Constitución Española como un derecho fundamental[10].

Por un lado, el Derecho al honor incorpora el respeto al buen nombre de una persona por su comportamiento y actuaciones individuales y sociales. Se protegerá tanto el honor interno, propio de la personalidad de cada ciudadano, como el externo que es el que tiene el resto de la sociedad respecto a uno de sus miembros; la propia Constitución señalará una protección legal en sus dos ámbitos, el del Derecho Civil y el del Derecho Penal[11].

Por otro lado, el Derecho a la intimidad[12] se refiere a la esfera privada de cada persona, un derecho mediático que provoca discusiones y enfrentamientos doctrinales por la débil línea que separa en la comunicación el derecho a la información de la vida privada de las personas, aumentando las disputas cuando éstas incluyen en su vida particular una parcela (un ámbito) que de propia iniciativa desean hacer público; surgiendo la duda de si resulta coherente que un ciudadano que por su vida laboral o por circunstancias personales o familiares decida hacer pública una parte de su vida y mantener otra dentro del área de su privacidad, situación que provoca innumerables opiniones y comentarios.

Y es que esta intimidad intenta proteger a su vez el Derecho a la propia imagen, y la proyección exterior de la imagen de determinadas personas con el fin de evitar injerencias no deseadas en su vida privada lo que pudiera provocar daños en su imagen pública[13].

---

10. Artículo 18 Constitución Española: «*1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*».

11. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes Sentencias como STC 46/2002, de 25 de febrero: «*acerca de este objeto de protección, donde estima que desde el punto de vista personal, la afectación al honor habrá que valorarse teniendo en cuenta la relevancia pública del personaje, su afectación a la vida profesional o a la privada, y las circunstancias concretas en la que se produce (en un momento de acaloramiento o con frialdad) así como su repercusión exterior*». También STC 46/2002, de 25 de febrero; 20/2002, de 28 de enero; 204/2001, de 15 de octubre; 148/2001, de 27 de junio.

12. STC 134/1999, de 15 de julio.

13. STC 139/2001, de 18 de junio; STC 156/2001, de 2 de julio; STC 81/2001, de 26 de marzo; STC 99/1994, de 11 de abril.

Según desvela el Tribunal Constitucional, todo está condicionado a la propia actividad del sujeto, si es que su profesión fuera pública y tuviera que proyectarse en los medios de comunicación; sin embargo no hay que olvidar como bien dice el Constitucional, que esta imagen se tendrá que preservar, proteger en el momento en que se desvincule del ámbito laboral propio.

Y aquí nos surge la duda de si unas profesiones determinadas y concretas como cantantes, periodistas, actores, modelos, futbolistas… siguen manteniendo su ejercicio profesional una vez terminado su trabajo, ¿son cantantes o actores las 24 horas del día? ¿deben o están obligados a dar explicaciones fuera de su horario laboral a los periodistas o incluso ciudadanos que deseen en ocasiones «asaltarles» en su vida cotidiana?[14]

En mi opinión todo dependerá de la personalidad de cada profesional y de sus propios principios de vida; legalmente es complicado llegar a una decisión ecuánime debido a la libertad de criterio de cada juzgador, he aquí el problema que antes mencionábamos respecto de la frágil línea que separa la información de la vida privada de cada persona. De ahí, que parte de la judicatura apoye la teoría en la que se plantea la clara diferencia entre profesión pública y vida privada y aquellos que consideran que la propia venta y publicidad de su vida personal previa remuneración económica de diarios, revistas, programas de televisión… hace que esa persona se convierta en un personaje público. No quiere decir esto que no se les proteja y se vean indefensos, porque no es así, pero sí que toda actuación mediática conlleva un riesgo a la hora de establecer los límites, es una realidad en nuestro país.

---

14. Algunos de los casos que más repercusión mediática han tenido en nuestro país y que afectaron a numerosos rostros conocidos y cuya investigación legal judicial se llevó a cabo a la vez con el desarrollo de juicios paralelos atroces, brutales y en ocasiones inhumanos para la persona fueron los siguientes:
En primer lugar, el llamado «Caso Arny»: en octubre del año 1995, 46 personas fueron detenidos acusados de corrupción de menores, entre ellos personajes televisivos como Jesús Vázquez, Javier Gurruchaga y Jorge Cadaval. Se les involucró basándose en declaraciones de algunos menores que presuntamente se prostituían en un bar de ambiente gay, «Arny» ya desaparecido en Sevilla. Transcurridos meses de contradicciones y que algunos menores se retractaran asegurando que había mentido, los acusados quedaron absueltos. Después de un gran revuelo al ser considerado como una persecución a la homosexualidad, a través de un juicio paralelo televisado, los protagonistas más conocidos siguieron sus vidas y sus carreras profesionales con éxito, no sin antes superar una de las experiencias más desagradables de sus vidas.
En segundo de los casos al que haremos referencia es el de la «Operación Karlos», se realizó el juicio el 9 de abril de 2011 debido a una investigación llevada a cabo en la llamada «Operación Halcón» en la que se investigaba a Carlos Carretero por un delito de facturas falsas, en ese momento se descubre, a través de una escuchas telefónicas, una trama de estaba a la seguridad social que se hizo pública por la implicación de María José Campanario y su madre, conocida por ser la mujer del torero Jesús Janeiro Bazán (Jesulín de Ubrique). El resultado fue la detención de ésta, a la que se le imputaba un delito al intentar conseguir una pensión fraudulenta para su madre a cambio de una cantidad de dinero. Durante el juicio la investigada fue insultada en la entrada de los Juzgados por la gran expectación mediática que provocaba su declaración y que televisivamente ya estaba siendo juzgada. Se dictó sentencia en julio de ese año por la Sala Tercera de la Audiencia Provincial que condenada a la señora María José Campanario a 1 años y 11 meses de prisión y a pagar una multa de 1800 euros por quedar demostrado haber sido cooperadora en falsedad y estafa en grado de tentativa.

6. ¿Qué son los juicios paralelos?

Llegados a este punto, en el que nos hemos referido a la presunción de inocencia, derecho al honor, intimidad y propia imagen que deben ser controlados y defendidos por las instituciones jurídicas; vamos a hacer referencia a la dificultad de ejercer esa protección cuando los medios de comunicación entrar en escena, ya que ese derecho a la información no puede vulnerar ni dañar la esfera privada de los ciudadanos, independientemente de que hayan sido o estén siendo investigados en un proceso judicial, puesto que si no se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia.

La situación no es fácil de resolver y mucho menos de controlar jurídicamente de manera efectiva.

Pero antes de adentrarnos en casos concretos, hay que conocer que un Juicio Paralelo es aquel que se lleva a cabo en los medios de comunicación en base a la investigación judicial de algún caso mediático determinado que está teniendo impacto en la sociedad. Y es que aunque en ocasiones la investigación de los periodistas pueden «ayudar» a desenmascarar hechos delictivos, otras veces hacen que los datos publicados entorpezcan el desarrollo del proceso; estamos ante el caso en que se vulnera el secreto de un sumario decretado por un Juez[15].

No es cuestión de que los periodistas activos e incluso ciudadanos convertidos en intrépidos profesionales del medio sean los únicos responsables en la presión social que pueda tener un caso provocando, y segura estoy de ello, sin intención manifiesta dañar la propia investigación. Sobre ello parte de la Judicatura considera que toda prueba y datos que se puedan recabar son positivos, aunque lo que reclaman es una actuación más correcta y controlada y a su vez contrastada de la información que se publica, y que como he dicho puede incluso llegar a provocar la destrucción o pérdida de pruebas indispensables para mantener una acusación o descubrir al culpable. Y sobre todo el perjuicio público y notorio que puede provocar una valoración negativa de una persona que esté siendo únicamente investigada en un proceso o incluso encausada en él, y que haya sido juzgada televisivamente sin haberse dictado sentencia firme

15. En nuestro ordenamiento jurídico el secreto sumarial se halla recogido en el artículo 301 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde establece que «l*as diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral*», aunque su verdadero alcance lo establece el Tribunal Constitucional reiterando lo que considera la regla general al señalar que «*puede decirse que el proceso penal, institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a derechos reconocidos en este Título, puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Pero esta genérica publicidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y, por lo mismo, se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos, ni en mayor medida de los necesarios, que los estrictamente afectados por la norma entronizada del secreto*». STC 13/1985, de 31 de enero.

por un órgano judicial, lo que puede provocar un daño moral imposible de valorar para la parte que lo está sufriendo.

Es por ello por lo que considero que la información controlada y respaldada jurídicamente es positiva y resulta eficaz para los dos ámbitos, judicial e informativo, si se trabaja de manera conjunta; sin embargo informar sin control provocará mayor perjuicio que beneficio.

7. ¿Resultan positivos los juicios paralelos televisados en la actualidad? ¿Es fácil contaminar a los jueces?

Actualmente observamos que muy a menudo existen múltiples casos en los que se proporciona información demasiado detallada y concreta sobre determinadas actuaciones judiciales y policiales que se presupone tendrían que ser secretas[16]. Al convertirse en algo habitual podemos deducir que el sistema no funciona como debería y que no es perfecto; por lo que la solución a estas filtraciones que dañan y perjudican las investigaciones e incluso la propia credibilidad de las instituciones[17], se encontrará en la postura que deben tomar los jueces actuando e investigando para depurar responsabilidades hasta conocer al autor encargado de alterar el normal y correcto funcionamiento de la justicia, es decir, averiguar ¿cómo y de qué manera? se produjeron esas filtraciones con el fin de evitar que vuelvan a producirse y proteger la actuación de los órganos judiciales sin que puedan ser contaminados o empujados por la sociedad a tomar decisiones mediáticas o no sabemos si acertadamente llamadas «ejemplarizantes»; puesto que ejemplar serían todas las decisiones correctas y legales tomadas por los Jueces y no sólo unas determinadas que impacten en la ciudadanía, sería como «reprender a un niño para que aprenda toda su clase».

---

16. Artículo 301 Ley de Enjuiciamiento Criminal: «*Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo*».

17. Un claro ejemplo lo encontramos en un caso que provocó un gran revuelo en toda la sociedad española; en el que situaban al presunto investigado en el Barrio de Ciudad Lineal en la provincia de Madrid donde se detuvo a un hombre acusado presuntamente de abusar de varias niñas menores de edad. A partir de esa información, el asunto tuvo un excesivo y erróneamente manipulado interés mediático, llegando al punto en el que los propios Jueces se quejaron de la gestión de la información que se estaba trasladando a la opinión pública, en concreto se estaba poniendo en peligro la tan frágil presunción de inocencia. Por ello, la Juez María Antonio, decretó el secreto de sumario, negando dar información sobre la entrada o no en prisión del presunto autor de los hechos; sin embargo sus datos personales salieron a la luz pública, nombre, apellidos, estado civil, relaciones familiares, redes sociales y fotografías que vulneraban constantemente su derecho a la intimidad.
MARTÍN, J.J., «Malestar entre los jueces por la gestión de la información sobre el Pederasta de Ciudad Lineal», en www.elmundo.es, 2014.

Ese no es el camino, ni el mensaje; se trata de concienciar y convencer a una sociedad decepcionada que sus instituciones y organismos judiciales aplican la ley y castigan de la misma manera a todos los que no cumplen las normas de convivencia de nuestro Ordenamiento Jurídico español, y es que «ejemplarizar» es diferenciar y si recordamos lo que señala nuestra Ley Fundamental: «Todos los ciudadanos somos iguales ante la Ley», por lo que deberían aplicarse y ponerlo en práctica.

El gravísimo problema de estas filtraciones en los medios públicos es verdaderamente inquietante y se está intentando solventar, aunque a día de hoy no se ha conseguido, ya que cadenas de televisión, periódicos, radio, internet y las tan actuales y en boga redes sociales hacen que las noticias se propaguen a veces a mayor velocidad que la información que llegan a tener en el momento los propios Jueces, e incluso Abogados y Procuradores de las partes que en ocasiones conocen por la prensa el contenido de la sentencia de su propio cliente. Situación preocupante y de muy complicada solución, ya que se ha priorizado la información y comunicación de la noticia y se premia al medio que primero la expone al orden establecido legalmente y que debería ser respetado; no es cuestión de que dejen de informar, es darles la libertad para informar en el momento concreto, oportuno y legal para hacerlo sin perjudicar la continuidad de un proceso ni provocar la vulneración de ningún principio ni derecho fundamental de los ciudadanos[18].

8. ¿Qué responsabilidad tienen los medios de comunicación en la divulgación de la información?

En este instante surge la responsabilidad de los medios de difusión y el control por parte de sus Directivos, ya que todo no es éticamente correcto para conseguir la mayoría de las audiencias, estamos ante un permanente exceso a informar[19];

18. STC 13/1983, de 13 de enero: «*La publicidad general supone que los juicios sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general, que no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto a la presencia les permita adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, tiempo, distancia, quehacer… están en la imposibilidad de hacerlo*». STC 30/1980, de 1 de junio.

19. El propio Tribunal Supremo rechaza categóricamente el llamado «exceso de información» sobre un juicio, y así lo señala en su Sentencia de 9 de febrero de 2004 alegando: «*El texto del mismo sobrepasa notoriamente lo que debe entenderse por información objetiva, neutral y veraz, pues de su lectura no se deduce que el demandante fuera escuetamente presunto o siquiera sospechoso de un delito de agresión sexual, ya que se va a más de lo que debe entenderse por relato ajustado a lo sucedido, y se manipula y amplía el artículo, que, apoyándose en manifestaciones de la supuesta víctima, se encabeza mediante letras negras destacadas con la frase "Un piquete de mujeres detienen al agresor sexual de una vecina", es decir, ya se le está otorgando una autoría delictiva, que se refuerza en el texto periodístico al atribuir al demandante por dos veces la expresión "Cuando estoy borracho y caliente lo hago", lo que no coincide con la realidad comprobada, y califica de inveraz, con acierto el Tribunal de Instancia, pues de esta manera se da a entender que cuando se embriaga de modo sistemático comete delitos de agresión sexual a mujeres que se*

ahí estriba la peligrosidad de los juicios paralelos televisados[20] al segundo, que han transformado a sus tertulianos, periodistas, comentaristas en Juzgadores sin título, lo que a veces puede contribuir a alterar incluso el orden público de la ciudadanía[21].

Podríamos estar hablando de la incidencia de los juicios paralelos de manera interminable, para finalizar realizaré un breve apunte sobre la gravedad de éstos en los casos en los ciudadanos actúan como parte de un Jurado Popular, el Tribunal del Jurado; situación extremadamente peligrosa y que si en ocasiones podemos dudar de la propia imparcialidad de los profesionales del derecho, personas con conocimientos jurídicos y que se suponen que saben y conocen sus actuaciones y están preparadas para ello, ¿qué sucederá con ciudadanos legos en derecho y que pueden ser fácilmente influenciables por los tan activos medios de comunicación?

La solución resulta complicada y en mi opinión casi imposible, ya que de por sí un Juez puede ser débil y se puede intentar contaminarlo con multitud de información, los miembros de un Jurado son muy fácilmente vulnerables. Ya las estadísticas jurídicas apoyan estas teorías, en algunos casos mediáticos como el del yerno de la familia Tous, al que se le acusó de disparar y matar a un delincuente que había entrado en su domicilio con la intención de perpetrar un robo, la decisión que tomó el Jurado Popular fue idéntica a la tomada mediá-

---

le atribuyen. El referido reportaje, al contener juicios de valor sobre la culpabilidad del actor, no ya en forma precisamente subliminal, sino bien clara y patente, a modo de juicio paralelo, a los que tan aficionada es la presa y que más que informar, deforman y atacan frontalmente el principio constitucional de presunción de inocencia, predisponiendo a la opinión pública contra la persona que se señala, la que indudablemente resulta así desprestigiada y vejada, por someterla a un ataque injustificado a su honor, dignidad y estima propia y por los demás, como aquí sucede, y ha quedado sentado como hecho debidamente probado, que actúa como divulgación irresponsable por tendenciosa y marcada a protagonizar al demandante como autor comprobado de delito de agresión sexual, del que fue absuelto por Sentencia de 30 de enero de 1997, dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastián, lo que refuerza la condición de reportaje no suficientemente controlado en el ámbito de la veracidad y realidad de lo acontecido, que lo convierte en información no diligentemente comprobada, al insertar suposiciones, insidias, noticias gratuitas y ataques directos, tendentes a presentar a los lectores una autoría delictiva que careció de la necesaria confirmación y la hacen inveraz, sin que se encuentre justificación, para exculpar a los recurrentes de toda responsabilidad, el indudable interés general de los vecinos de Ibarra, donde se habían repetido agresiones sexuales a mujeres. La legitimación del periódico para la transmisión pública no se extiende a realizar imputaciones delictivas, como aquí sucede, que actúan sólo como noticia retocada para atraer el interés de los lectores, y sólo para comunicar hechos ciertos y veraces y contribuir así a forma adecuada opinión, que no tiene lugar cuando se presenta impositiva y ya decidida por el periodista que redactó el artículo y fue aceptada su publicación en el medio».

20. El propio Tribunal Constitucional no reconoce que el desarrollo de estos juicios paralelos puedan ser valorados como atenuantes o tener incidencia en el proceso; pues aboga a la efectiva imparcialidad que los propios órganos jurisdiccionales tienen que poner en práctica y que se supone ejercitan cada vez que se pone en marcha el tan complicado proceso judicial

21. Artículo 232 Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «*excepcionalmente por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones*». Igual que el artículo 24.2 «*que reconoce el derecho a un proceso público como una de las garantías procesales constitucionalizadas que se tienen que respetar*».

ticamente por la sociedad, exculpándole de asesinato, alegando defensa propia y temor incontrolado para la protección de su familia, sin tener en cuenta las pruebas presentadas en el caso concreto por la otra parte, que lo incriminaban y demostraban la intención manifiesta de matar a la persona fallecida por los disparos.

Otro caso impactante fue el de Dolores Vázquez[22], condenada también por un Jurado Popular a 15 años de prisión por el asesinato de la hija de su expareja Rocío Wanninkhof , cumplió 17 meses en prisión, 519 días de condena hasta que el Tribunal Superior de Andalucía anuló la sentencia, al presentarle pruebas que demostraban que ella nada tenía que ver con los hechos que se le atribuían y que tiempo más tarde se descubrió que el autor era un delincuente reincidente que había asesinado a otra mujer en otra ciudad andaluza cercana.

Éste ha sido uno de los casos más escabrosos y alarmantes que nos hacen entrever que la opinión pública puede presionar a los Jueces y de manera indirecta alterar el desarrollo de una investigación en la fase más importante del proceso, momento de la recopilación de pruebas, huellas, indicios… provocando un proceso repleto de errores judiciales que finalice con sentencias injustas en las que un «inocente» sea juzgado sin pruebas fehacientes y reales que lo incriminen.

9. Mis conclusiones finales

Todo lo visto hasta este momento nos lleva a un miedo y duda razonable sobre la «Justicia mediática, televisiva y minutada en el tiempo» que surge en el instante en que aparece algún personaje conocido independientemente de su ejercicio profesional, parece ser que mediáticamente tienen que tener su propia «justicia» a parte de la jurídica y no es así, porque como hemos dicho se vulneraría su presunción de inocencia y quedaría dañado su derecho al honor, intimidad y propia imagen. Todos somos iguales ante la Ley, seamos populares o anónimos, la Justicia no establece distinciones.

Otra cosa es la peligrosidad que conllevan los Juicios Paralelos que se desarrollan en los medios de comunicación, el poder que tienen algunos programas televisivos pueden vilipendiar y juzgar a personas que están siendo únicamente

22. Una vez demostrada la inocencia de Dolores Vázquez fue puesta en libertad, sin embargo, ella esperaba que se hiciera justicia con el error judicial que se llevó a cabo en su caso, por lo que solicitó una indemnización por Responsabilidad judicial por los errores en el procedimiento que la llevaron a cumplir una pena de prisión por los hechos que nunca realizó, solicitud que fue denegada de manera incomprensible por el Tribunal Supremo.

investigadas hasta términos insospechados, de ahí el riesgo que conlleva la mala difusión de determinado tipo de información.

No es que queramos prohibir la información que no sería nuestro deseo ni solución en ningún caso, sino que las valoraciones, opiniones vertidas sobre rumores, hipótesis que no tengan ningún tipo de validez legal, el «periodismo de opinión», no provoque perjuicios en la instrucción judicial que se esté llevando a cabo hacia una persona que únicamente está siendo investigada y que será culpable o no, si así se demuestra, una vez se haya celebrado un juicio y dictado sentencia firme; hasta ese instante son únicamente valoraciones, aplicándose la premisa de «todo el mundo es inocente hasta que no se demuestre su implicación y autoría por sentencia firme dictada por un Juez».

Así pues concluyo con un deseo de aunar conceptos, trabajo en equipo y colaboración de la investigación jurídico y periodístico desde el respeto a los valores y principios de la Constitución Española y a nuestro sistema político, para la defensa de intereses colectivos e individuales protegiendo los derechos de los ciudadanos para conseguir una información libre, veraz y completa, en Justicia y Libertad, porque entre TODOS podremos lograrlo.

10. Bibliografía

ARTOLA, M., *Las Declaraciones de Derechos,* Editorial Real Academia de la Historia. Madrid, 1982.

BECCARÍA, *De los delitos y las penas,* Editorial Alianza Editorial, Madrid, 1996.

CARDENAS RIOSECO, R. F., *La presunción de inocencia,* Editorial Porrúa S.A., 2ª edición, México, 2006.

MARTÍN, J.J., «Malestar entre los jueces por la gestión de la información sobre el Pederasta de Ciudad Lineal», 2014, www.elmundo.es.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes,* Libro XII. Capítulo 2, Editorial el Ateneo, Madrid, 1951.

OVEJERO PUENTE, A. M., «*El régimen constitucional al Derecho Fundamental de la presunción de inocencia*», Universidad Carlos III de Madrid (Tesis doctoral), Madrid, 2004.

Acerca del cambio de régimen en la remisión de los atestados por delito sin autor conocido

Cristina Alonso Salgado[1]
Investigadora del Área de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1. Marco de partida y *leitmotiv* de la reforma

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales[2] ha modificado el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[3] para, de este modo, eliminar el régimen de remisión obligatoria de los atestados relativos a delitos sin autor conocido por parte de la Policía Judicial al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional.

La literalidad de la disposición previa a la referida reforma exigía en su párrafo primero que la Policía Judicial informara al órgano jurisdiccional competente, siempre y en todo caso, sobre cualquier *notitia criminis* de la que tuviera conocimiento. En concreto, disponía que, conocedores de un delito público o requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, los funcionarios de la Policía Judicial lo debían participar inmediatamente al representante del Ministerio Público o a la autoridad judicial, siempre que pudieran proceder sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En caso contrario, esto es, cuando resultara imposible dar traslado a la infor-

1. El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto que, sobre las modificaciones del proceso penal, financia la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez y en el Proyecto de Investigación «Postmodernidad y proceso judicial europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial» (DER2017-87114-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y dirigido por la Profesora Doctora Sonia Calaza López, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

2. En adelante, Ley 41/2015.

3. En adelante, LECrim.

mación sin detener la referida práctica, preveía la disposición que debían proceder una vez hubieran finalizado las diligencias[4].

La interpretación de este párrafo primero del artículo 284 debía efectuarse en lectura combinada con el antiguo artículo 295 de nuestra Ley Procesal Penal. De conformidad con el mismo, a excepción del caso de fuerza mayor, los funcionarios de la Policía Judicial no podían dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar traslado al Ministerio Público o a la autoridad judicial de las diligencias que hubieren llevado a cabo. Y todo ello bajo el apercibimiento de que quienes quebrantasen la disposición serían corregidos disciplinariamente con «*multa de 250 a 1000 pesetas*» en el supuesto de que la omisión «*no mereciere la calificación de delito*». Asimismo, se destacaba que se entendería la infracción como falta grave la primera vez y como falta muy grave las siguientes. Finalizaba el artículo señalando que quienes postergaran más allá de lo imprescindible el traslado de la información sin exceder las veinticuatro horas serían corregidos disciplinariamente con una multa de 100 a 350 pesetas[5].

Las referidas disposiciones no eran sino prolongaciones de la lógica según la cual «*de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable*»[6]. Como es sabido, la arquitectura de nuestro proceso penal —al menos, de su inicio— se estructuró sobre una clave de bóveda que ha sido cuestionada en más de una ocasión: el cometido del órgano jurisdiccional competente para la investigación pasa por arrojar luz sobre todas y cada una de las infracciones penales, desdibujando de este modo otros factores tales como la conveniencia o no de que se accione el proceso, etc.

Aun cuando sea *sotto voce*, no puede negarse que ello nunca ha sido así, no al menos totalmente. Los propios operadores jurídicos han puesto la atención sobre esta cuestión en innumerables ocasiones. Así, «*En las referencias estadísticas de la últimas Memorias de la Fiscalía General se ha venido poniendo de relieve la acusada diferencia que existe entre el dato bruto de diligencias pre-*

---

4. A la redacción inicial la Disposición final 1.7 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima del delito incorporó el texto: «*Si hubieran recogido armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo o en otra parte conocida, extenderán diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, que incluirá una descripción minuciosa para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, que podrá ser sustituida por un reportaje gráfico. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados. La incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima del delito será comunicada a la misma. La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 334*».

5. Terminando el párrafo: «(...) *y además esta infracción constituirá, a efectos del expediente personal del interesado, falta leve la primera vez grave las dos siguientes y muy grave las restantes*».

6. Artículo 100 de la LECrim.

vias incoadas anualmente, más de cuatro millones, y el número de procedimientos que llegan a tener sustantividad, apenas seiscientos mil»[7].

En opinión de González-Cuéllar Serrano y Marchena Gómez[8], esta concepción de la labor del Juez de Instrucción no sólo responde a parámetros retribucionistas lejanos a su papel de garante de los derechos individuales, sino que acaba por generar una suerte de mitificación que no se acomoda con la realidad que evidencia la práctica forense: el Juez de Instrucción no puede arrojar luz sobre todos los ilícitos penales de los que tiene conocimiento[9]. Con todo, lo cierto es que, en línea con la señalada concepción, la literalidad primigenia de nuestra Ley procesal penal definía un marco de actuación en el que el instructor desde una posición privilegiada debía tomar conocimiento y esclarecer cada *notitia criminis* que llegase a sus manos. He aquí el origen del problema: la dimensión de tal atribución resultó decisiva para la actual burocratización de la labor de un Juzgado de Instrucción ocupado, en no pocas ocasiones, en tramitar el archivo de unos hechos delictivos sin autor conocido, pese a la alta improbabilidad de un pronóstico razonable que permitiera prever que ese dato podría ser esclarecido.

El transcurso de las décadas hizo más profundo el abismo entre la sobredimensión del Juez de Instrucción y la práctica en nuestros órganos jurisdiccionales. La ficción del instructor todopoderoso no sólo resultaba infructuosa porque la remisión de este tipo de atestados exigía la apertura de la causa, para a continuación sobreseerla, sino que, además, empleaba los recursos ineficaz e ineficientemente. Y todo ello, en un orden jurisdiccional, el penal, más que saturado[10].

---

7. Consejo Fiscal, «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», p. 30, en www.pdfs.wke.es/2/2/7/8/pd0000102278.pdf, consulta a 10/02/2018.

8. González-Cuéllar Serrano, N. y Marchena Gómez, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 71-76.

9. Por cierto, fundamentalmente a través de la policía.

10. Véase lo señalado por el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de acuerdo con el que «*La masiva incoación de diligencias judiciales responde a la automática remisión de la totalidad de los atestados desde la Policía a los Juzgados de Instrucción, cuya gestión genera una ingente burocracia de registro, incoación de diligencias previas que son de inmediato archivadas previo visto del Ministerio Fiscal. El Consejo Fiscal comparte con el Prelegislador la necesidad de minorar esta burocracia perniciosa, que permitirá a la oficina judicial y fiscal aplicar sus medios personales y materiales, siempre ajustados, a los procedimientos viables*», en Consejo Fiscal, «*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*», *op. cit.*, p. 30, consulta a 10/02/2018.

Así pues, la fundamentación de la reforma hay que buscarla tanto en la adecuación legal al terreno de lo real, como en la omnipresente voluntad del legislador de agilizar la Justicia penal. En este sentido se manifiesta el Preámbulo de la Ley 41/2015 al identificar la reforma del régimen de remisión[11] como una medida de sencilla implantación llamada a evitar dilaciones innecesarias —sin merma alguna de los derechos de las partes— y el uso irracional de los medios materiales y los recursos humanos de la Justicia para gestionar este tipo de atestados[12].

2. El cambio de régimen en la remisión de los atestados por delito sin autor conocido

Tal y como se anticipaba, la modificación operada a través de la Ley 41/2015 comporta que no todos los atestados deben ser remitidos al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público. A modo de titular puede afirmarse que, más allá de las excepciones que más adelante se analizarán, la Policía Judicial no dará traslado a aquellos atestados policiales referidos a hechos delictivos sin autor conocido: deberá conservarlos a disposición del órgano jurisdiccional y del Ministerio Público.

En efecto, el actual artículo 284 de la LECrim establece una regla general para, a continuación, desgranar sus respectivas excepciones. Con carácter ordinario, en cuanto la Policía Judicial tuviere conocimiento de un delito o fuere requerida para prevenir instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participará inmediatamente al órgano jurisdiccional o al representante del Ministerio Público, siempre que ello fuera posible sin detener la práctica de las diligencias de prevención. Si no resultara posible, deberán hacerlo en el momento en el que las hubieren terminado. Ello no obstante, el apartado 2.a) del referido artículo establece una primera salvedad: en presencia de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos vinculados con la corrupción, la Policía Judicial remitirá los atesta-

---

11. «*Son diversas y autorizadas las voces que han propugnado la adopción de esta medida. Así, se recoge en los documentos de trabajo de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, o por el grupo de trabajo para asuntos penales creado recientemente en el seno del Consejo General del Poder Judicial, órgano mixto de deliberación, en tanto que se encuentra integrado por Vocales de este Consejo y representantes de la Fiscalía General del Estado*», en Consejo General del Poder Judicial, «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», p. 58, en www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20150116%20025.14%20Informe%20anteproyecto%20LO%20modificaci%C3%B3n%20LECr..pdf, consulta a 10/02/2018.

12. En tanto que «(…) *dan lugar en los juzgados a innecesarias aperturas de diligencias que son de inmediato archivadas previo visto del Ministerio Fiscal. Se trata de un trabajo superfluo y perturbador*».

dos al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial aun cuando no exista autor conocido del delito. Así pues, en desmarque de la línea general de la reforma, en estos supuestos la remisión resulta absolutamente preceptiva.

Esta excepción, que no estaba prevista en el Anteproyecto, fue parcialmente sugerida tanto en el Informe del Consejo General del Poder Judicial[13], como en el Informe del Consejo Fiscal. En este último texto, se manifestaba «(…) *que el control jurisdiccional debe realizarse directamente y en todo caso, mediante la remisión de los atestados, incluso sin autor conocido, cuando se refieran a delitos contra la vida, la integridad física o la libertad o indemnidad sexual*»[14].

En parecidos términos, el Informe del CGPJ destacaba que «(…) *la iniciativa de reforma que introduce el prelegislador en este punto debe ser valorada positivamente* (…) *sin embargo, deben quedar excluidos todos aquellos atestados referidos a delitos que protejan bienes jurídicos de carácter personalísimo (integridad física y moral e indemnidad sexual), respecto de los cuales debe seguirse la regla del traslado a la autoridad judicial con una fórmula similar a la siguiente, que se ha de añadir a continuación del tercer párrafo del artículo 284: "En todo caso, serán siempre remitidos los atestados relativos a los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad y la indemnidad sexual"*». Y ello no sólo por tratarse de materias especialmente sensibles, sino porque, si bien se piensa, en esta clase de hechos delictivos «(…) *suelen ser comunes los protocolos existentes para la inmediata actuación judicial, así como necesaria la intervención de funcionarios dependientes de la Administración de Justicia (médicos forenses, etc.), requerida por la naturaleza de la agresión y por la necesidad de proteger con la debida premura los derechos lesionados*»[15].

En atención a las consideraciones expuestas, el texto del Proyecto incorporó la salvedad relativa a los señalados delitos de carácter personalísimo. Así pues, no cabe duda de que casi desde el inicio del proceso legislativo se entendió de interés excluirlos del régimen general. La analogía entre esta temprana inclusión sorprende en relación a la tardía referencia a los «delitos relacionados con la corrupción» que no fue incorporada hasta prácticamente el final del proceso legislativo.

---

13. En adelante, CGPJ.

14. Consejo Fiscal, «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», *op. cit.*, p. 31, consulta a 10/02/2018.

15. Consejo General del Poder Judicial, «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», *op. cit.*, p. 59, consulta a 10/02/2018.

Con todo, a decir verdad, la alusión presenta una dificultad de enjundia: nuestra Ley penal no prevé como categoría de delitos la corrupción. En orden a la búsqueda de una interpretación literal, la referencia más aproximada del Código Penal[16] se encuentra en la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII de su Libro II relativo a los delitos y sus penas[17]. A juicio de MARTÍN PASTOR, «(…) *dentro de dicha categoría habría que incluir, además y como mínimo, todos los "delitos contra la Administración pública" (arts. 404 a 445) y, dentro de los "delitos contra la Administración de Justicia", la prevaricación (arts. 446 a 449) y la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450)*»[18].

De acuerdo con la segunda de las excepciones, la Policía Judicial remitirá el atestado cuando practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado[19].

En el tránsito del Anteproyecto a la ley, el texto adquirió en relación a esta salvedad un matiz en absoluto desdeñable. En efecto, frente a lo finalmente aprobado[20], el Anteproyecto disponía que cuando no existiese autor conocido del delito, la Policía Judicial debía conservar el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial, sin enviárselo, salvo si se practicase cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado.

En el Informe del Consejo Fiscal se subrayaba que la previsión tal y como estaba diseñada en el Anteproyecto carecía de sentido si esas diligencias no arrojaban ningún resultado positivo, en cuyo caso la Policía, obviamente, debía trasladar el atestado tan pronto ese resultado se produjese.

Esta pugna entre el argumento del texto original y el finalmente asumido por la ley probablemente encuentre su fundamento en un ejercicio de ponderación

---

16. Corrupción no de índole sexual, claro está.

17. Más explícitamente en la Sección 4ª —Delitos de corrupción en los negocios— del Capítulo XI —De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores— del Título XIII —Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico— de su Libro II —Delitos y sus penas—.

18. Sigue diciendo el autor «*Interesa poner de relieve que la apreciación, en el caso concreto, de si existe o no un interés público en remitir los atestados relativos a determinados delitos la realiza el mismo legislador. A mi juicio, estamos ante un ejercicio del principio de oportunidad, no por el órgano público encargado de la acusación —el Ministerio Fiscal— sino por parte del propio legislador*», en MARTÍN PASTOR J., «La reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido», *Diario La Ley*, número 8683, 18 de enero de 2016, La Ley 8107/2015.

19. Artículo 284.2.b) de la LECrim.

20. Texto que coincide con lo previsto en el Proyecto.

entre los diferentes intereses en liza, pues tal y como se defiende en su Preámbulo, lo que se pretende con la actual redacción es garantizar que no habrá investigaciones autónomas de la Policía, pero evitar, de igual modo, que todas las causas terminen recalando en los juzgados cuando no exista avance en relación a la situación inicial.

Incluso entendiendo el señalado ejercicio de ponderación, esta excepción a la regla general presenta algunos interrogantes derivados de la dicción literal del artículo 284.2.b) de la LECrim. De conformidad con la señalada disposición, la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas «hayan tenido algún resultado». Nada se indica en relación al tipo de resultado, es decir, no se especifica si aquellos deben referirse o no a la identificación del autor del hecho delictivo. La imprecisión de la redacción puede ser salvada mediante una interpretación en conjunto de la Ley 41/2015, pues el punto segundo de su Preámbulo vincula los resultados a la identificación del autor.

Sin embargo, dando por buena la interpretación[21], resulta sorprendente que el mismo Preámbulo que pretende garantizar la ausencia de investigaciones autónomas de la Policía, conecte los resultados únicamente a la identificación del autor, pues, en este escenario, podría la Policía investigar y obtener resultados relevantes para la investigación —no referidos a la identificación de la autoría— con desconocimiento absoluto de quien debe ejercer una dirección funcional sobre ella.

Tal vez hubiese sido mejor haber perfilado la disposición o, al menos, incorporar una previsión semejante a la establecida en el artículo 450.1 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del 2011. Volveremos sobre ello *infra*. Permítasenos anticipar al respecto que, de acuerdo con la señalada previsión, en tanto no se hubiese identificado al responsable de la infracción, la Policía Judicial debía continuar practicando por sí misma las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos y la averiguación de su autor. Y en cuanto a lo que ahora interesa destacaba que estas actuaciones debían quedar debidamente documentadas en los archivos policiales, incluyendo en todo caso

21. Defendida en Martín Pastor J., «La reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido», *op. cit.*: «(…) *El precepto no aclara qué tipo de resultado se tiene que producir para la preceptiva remisión del atestado. No se especifica si basta que se hayan producido avances en la averiguación del hecho o si es necesario que se haya progresado en la identificación de su autor. El apartado II, III del Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, es más preciso, al establecerse que "deberán también remitirse todos los atestados en los que, pasadas las primeras setenta y dos horas, la Policía Judicial practique cualquier diligencia tendente a la identificación del autor, siempre que arroje algún resultado". Por lo tanto, una vez que se produzca la identificación del posible autor o se avance en la misma, se pondrá la investigación a disposición del juez y fiscal competentes por medio de la remisión del correspondiente atestado*».

una breve descripción de los hechos, así como la identidad de las personas denunciantes y de las víctimas, si las hubiere.*"*

La tercera de las excepciones a la regla general se articula sobre la solicitud de remisión del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial. Aun cuando la previsión pudiera resultar *prima facie* tautológica, dada la referida dirección de naturaleza funcional que los señalados operadores ejercen sobre la Policía judicial —entre otros, artículos 286 y siguientes de la LECrim[22]—, lo cierto es que, en línea con el riesgo apuntado anteriormente, la referida explicitación busca profundizar la posibilidad de fiscalizar la investigación policial frente a demoras, evidentemente no justificadas, en la participación del atestado[23].

En otras palabras, a través de «(…) *instrucciones adecuadas por parte de la Fiscalía General del Estado, sobre la vigilancia por los miembros del Ministerio Público de las investigaciones policiales efectuadas tras las primeras setenta y dos horas en las causas sin autor conocido, pueden evitarse excesos consistentes en la recopilación de informaciones policiales sobre el hecho punible efectuadas con fingida ignorancia sobre cualquier dato relativo a la autoría*»[24].

Con todo, está previsión tampoco escapa a la polémica. Y ello porque todo se fía a la fiscalización que finalmente se prevea en el sentido señalado. Más allá de, en su caso, esos umbrales, por cierto, determinados únicamente por la Fiscalía General del Estado, cabe preguntarse «(…) *cómo van a solicitar la remisión de algo que no conocen*»[25]. Podría pensarse en una solicitud derivada de la intervención de la víctima en tal sentido[26]. Sin embargo, resulta extraña la relación pues, en este caso, la declaración de conocimiento de la *notitia crimi-*

---

22. De interés, *vid.* RICHARD GONZÁLEZ, M., «La competencia del ministerio fiscal para la investigación de actos delictivos. Diligencias preliminares y competencias de instrucción en el procedimiento de menores», en ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Coords.), *Estudios sobre la prueba penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

23. MARTÍN PASTOR J., «La reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido», *op. cit.*

24. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, *op. cit.*, p. 75.

25. En opinión de DE LA OLIVA SANTOS, se trata de «*una previsión o muy tonta o muy cínica, porque se hace difícil de imaginar cómo van a solicitar la remisión de algo que no conocen*», en DE LA OLIVA SANTOS, A., «La policía, con el deber "legal" de no hacer nada y el poder de impedir la acción de la justicia», en www.andresdelaoliva.blogspot.com.es/2015/03/la-policia-con-el-deber-legal-de-no.html, consulta a 10/02/2018.

26. En sentido semejante, MARTÍN PASTOR señala que, «*Podríamos preguntarnos cómo pueden el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial tener conocimiento de la existencia de un atestado y solicitar su remisión. Una respuesta parcial a este interrogante nos la ofrece el art. 284.2, II LECrim, según el cual "de conformidad con el derecho reconocido en el art. 6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito (en adelante EVD), la Policía Judicial comunicará al denunciante que en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción"*», en MARTÍN PASTOR J., «La reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido», *op. cit.*

nis provendría de la propia víctima y la remisión del atestado no operaría a modo de accionador del proceso, sino en lógica consecuencia con el normal desarrollo de los acontecimientos tras la señalada declaración[27].

Expuestas las excepciones a la regla general[28], completa el artículo 284 de la LECrim el régimen jurídico en relación a la participación de los atestados relativos a delitos sin autor conocido, destacando que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima del delito[29], la Policía Judicial comunicará al denunciante que, en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción[30].

La nueva redacción del artículo 284 de la LECrim únicamente hace referencia al señalado artículo 6. Nada indica, por tanto, en relación al artículo 7 de la Ley 4/2015 que, como es sabido, ha sido específicamente incorporado para explicitar el derecho de la víctima a recibir información sobre la causa penal. De acuerdo con el apartado 1.a) de la referida disposición, «*Toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones: a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal*». Con todo, entendemos que, aun cuando la víctima no hubiese cursado la solicitud prevista en el artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015, debe recibir la información a la que alude el párrafo segundo del artículo 284.2

---

27. Nótese que el artículo 284.1 de la LECrim hace referencia a «*la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado*».

28. En palabras del Punto II del Preámbulo de la Ley 41/2015: «*Para garantizar un adecuado control judicial basta con que dichos atestados sean conservados por la Policía Judicial a disposición de jueces y fiscales. No obstante, la remisión a la autoridad judicial será preceptiva en todo caso respecto a materias especialmente sensibles, como son los delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o los delitos relacionados con la corrupción. Deberán también remitirse todos los atestados en los que, pasadas las primeras setenta y dos horas, la Policía Judicial practique cualquier diligencia tendente a la identificación del autor, siempre que arroje algún resultado*».

29. En adelante, Ley 4/2015.
Según el apuntado artículo 6: «*Toda víctima tiene, en el momento de presentar su denuncia, los siguientes derechos: a) A obtener una copia de la denuncia, debidamente certificada. b) A la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita de la copia de la denuncia presentada, cuando no entienda o no hable ninguna de las lenguas que tengan carácter oficial en el lugar en el que se presenta la denuncia*».

30. El Informe del Consejo Fiscal sugería que «(…) *como medida en protección de la víctima, que se establezca el deber de la Policía de comunicar al denunciante que las actuaciones van a ser archivadas sin remisión a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la Fiscalía o el Juzgado*», en Consejo Fiscal, «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», *op. cit.*, p. 31, consulta a 10/02/2018.
Téngase presente que la tramitación de la que finalmente fue la Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima del delito corrió en paralelo a la reforma objeto de nuestro estudio.

de la LECrim porque, más allá de la evidencia de lo dispuesto en el referido párrafo, en el caso que nos ocupa no estamos en presencia de una resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal[31].

Habida cuenta del nuevo régimen jurídico de la remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido, resultaba oportuno modificar, en buena lógica, la redacción del artículo 295 de la LECrim. Procedió en el sentido apuntado el artículo único.4 de la Ley 41/2015 para, frente a lo *supra* referido, establecer en su redacción actual que «*En ningún caso los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado, salvo en los supuestos de fuerza mayor y en el previsto en el apartado 2 del artículo 284*».

3. Un antecedente desde la distancia

La base de la actual configuración legal en relación a la remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido encuentra su antecedente más probable[32] en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2011[33].

---

31. Para el debate en profundidad, MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido», *op. cit.*

32. «*Se debe señalar, a mayor abundamiento, que la propuesta no es nueva. Sin querer extender la vista más allá de textos que han gozado de cierta oficialidad, el Anteproyecto presentado en el año 2011 por el Ministerio de Justicia ya recogía en los artículos 449 y 450 la residencia en sede policial de los atestados sin autor conocido como una medida para evitar el trabajo inútil en los Juzgados*», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», p. 124, *op. cit.*, consulta a 10/02/2018.

33. En adelante, ALECrim.
El texto se vio frustrado por la disolución de las Cámaras Legislativas ante la convocatoria de elecciones generales anticipadas. A este respecto, resulta por lo menos curioso que en el mismo prólogo de la obra editada por el Ministerio de Justicia por la que se publica el Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal, el propio Ministro afirmara que, «*Al escribir esta breve introducción me consta que esta iniciativa decaerá antes de ser debatida en las Cortes Generales como consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones. No importa. Lo más importante ya está hecho*». Y continúa diciendo, «*Estos anteproyectos contienen una regulación completa y coherente de un procedimiento penal concebido desde la constitución, que nos permitirá pasar del debate político al jurídico, de la especulación al examen de soluciones concretas, de lo indefinido a lo detallado, de los debates parciales a un tratamiento sistemático, de conjunto. Nuestra democracia aguardaba pacientemente desde hacía treinta años por un texto así. Fin de la espera*», en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Prólogo», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, p. 3.
Cuando el Ministro indica que «*Lo más importante ya está hecho*», probablemente entienda que el camino andado pudiera servir para el futuro. En este sentido GIMENO SENDRA señala de manera visionaria que «*Como primera consideración preliminar quisiera destacar la valoración altamente positiva del Anteproyecto de LECrim, de 2011, que debiera, tras las modificaciones pertinentes, convertirse en Ley, por cuanto puede contribuir a erradicar los males que aquejan a nuestra justicia penal (inquisitiva en la práctica, lenta e ineficaz) con un escrupuloso respeto a nuestra jurisprudencia constitucional. Pero, en donde, en mi opinión, debieran efectuarse puntuales modificaciones es en el*

En lo que ahora interesa, de la lectura combinada de sus artículos 449 y 450 de la ALECrim cabía inferir la remisión del atestado sólo en el supuesto de que durante el desarrollo de la investigación policial se hubiera identificado al presunto responsable del ilícito penal.

En efecto, en relación a la comunicación por medio de atestado, destacaba la primera de las disposiciones que cuando en el curso de la investigación se identificara al presunto responsable de la infracción penal, debía elaborarse un atestado para remitir de manera inmediata al Ministerio Público, esto es, sin necesidad de aguardar a que el investigado fuese detenido o localizado. En el caso de que se detuviese a alguien como responsable de los hechos investigados, también con carácter inmediato, y en todo caso en las cuarenta y ocho horas siguientes tras la detención, debía remitirse al Ministerio Público un atestado que reflejara el estado de la investigación, poniendo a su disposición a la persona investigada y haciéndole entrega de los efectos e instrumentos vinculados con la perpetración del hecho delictivo. Finalizaba el señalado artículo 449 con un apartado 3 en el que se indicaba que también se debía formar atestado cuando se tratara de realizar un acto de investigación que requiriese previa autorización del Ministerio Público o del Juez de Garantías.

Por su parte, tal y como se anticipaba *supra*, con respecto a la comunicación por medio de relación el artículo 450 del ALECrim disponía que en tanto no se identificase al responsable del ilícito, la Policía Judicial debía seguir practicando por sí misma las diligencias oportunas para arrojar luz sobre los hechos y su autoría. Las actuaciones debían obrar en archivos policiales debidamente documentadas y debían incluir, en todo caso, una sucinta descripción de los hechos, así como la identidad de las personas denunciantes y, en su caso, de las víctimas. La policía debía informar al Ministerio Público acerca de las denuncias recibidas y de las investigaciones efectuadas mediante relación periódica.

Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 449 y 450 de la ALECrim, y en la línea de lo previsto en la actual legislación —aunque en la ALECrim desde una perspectiva menos garantista—, su artículo 451 establecía que el Fiscal General del Estado y los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal, en el ámbito de sus correspondientes competencias, podían disponer que la investigación de ciertos tipos de delitos fuese siempre comunicada a través de atestado, aun cuando no existiese autor conocido[34]. De igual modo, destacaba

---

régimen de intervención de las partes privadas en el seno de la investigación, que habrá de efectuar el Ministerio Público», en Gimeno Sendra, V., «El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011», *Diario La Ley*, número 7738, 17 de noviembre de 2011, Editorial La Ley, La Ley 17661/2011.

34. «*En esta propuesta de regulación la valoración, en el caso concreto, de si existe o no un interés público en remitir los atestados relativos a una determinada clase de delitos quedaba en manos de los órganos superiores del Ministerio*

el apartado segundo de la referida disposición que el Ministerio Fiscal podía ordenar en cualquier momento a la Policía Judicial la elaboración y entrega de atestado relativo a cualquier investigación que se estuviese llevando a cabo.

Habida cuenta de lo que se viene de señalar, el paralelismo resulta más que evidente. Con todo, aun cuando la evidencia permita tejer la señalada semejanza, se hace preciso destacar una serie de consideraciones en absoluto desdeñables.

En primer lugar, las disposiciones de la ALECrim estaban previstas para un escenario bien distinto al actual, esto es, una fase de investigación bajo la dirección del Ministerio Fiscal[35]. En este contexto cabe ubicar, por ejemplo, lo que se viene de señalar en relación a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal solicitara en cualquier momento la elaboración y entrega de cualquier atestado; recibiera información acerca de las denuncias recibidas y de las investigaciones efectuadas mediante relación periódica, etc. Además, en segundo lugar, como se ha visto, la orientación de la formulación empleada en la ALECrim —en términos de regla general y excepciones— es sensiblemente diferente a la actualmente vigente en la LECrim.

4. Luces y sombras de la nueva regulación

En un sistema judicial crónicamente sobresaturado, las modificaciones legales orientadas a la agilización de la Justicia penal y la racionalidad del uso de los medios materiales y de los recursos humanos de la Administración de Justicia[36]

Fiscal», en MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido», *op. cit.*

Por cierto, más allá de lo dispuesto en la ALECrim, *vid.*: «*La ley pretende descargar de trabajo improductivo a los Juzgados y ha dado un paso adicional al propugnado en su día por la Propuesta de CPP de 2013, que reducía la dispensa de remisión de os atestados por delito sin autor conocido a los delitos patrimoniales. Un paso en el que sin duda ha influido la autorizada opinión del Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres Dulce, quien en varios actos públicos mostró su opinión favorable a la generalización de la medida a los atestados por cualquier hecho punible*», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, *op. cit.*, pp. 71-76.

35. Una de las principales características de la ALECrim se fundamenta en el deseo de arbitrar un proceso penal de corte semejante al de las restantes democracias avanzadas. Concretamente, se pueden trazar paralelismos con el Codice di Procedura Penale Italiano de 1988, en tanto que en el Anteproyecto frustrado se proponía —entre otras cosas— una nueva fase de investigación bajo la dirección del Ministerio Fiscal, con la participación del denominado juez de garantías, seguida de una fase intermedia cuya competencia radicaba en el juez de la audiencia preliminar, etc. (BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «La reforma del proceso penal español en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011», *Diario La Ley*, número 7939, 8 de octubre de 2012, La Ley 16748/2012).

36. «*Se pretende de este modo evitar traslados innecesarios de aquellos atestados que, una vez remitidos al Juez y abiertas las correspondientes diligencias, y con el "visto" del Ministerio Fiscal, se archiven inmediatamente. Se trata de una disposición que, sin duda, redundará en beneficio de la agilización de los procesos, en la medida en que reducirá el número de diligencias judiciales abiertas de forma efímera para ser sobreseídas provisionalmente de manera casi*

acostumbran a concitar no pocas alabanzas[37] por parte de los operadores jurídicos. Es más, tal y como venimos de analizar, en no pocas ocasiones habían manifestado no sólo la distorsión causada por los atestados policiales sin autor conocido, sino también otras virtualidades del cambio de régimen de remisión, como el cambio de epicentro de la estadística que pasaría de estar fundamentada en el hecho criminal, para pasar a focalizarse, «(…) *como corresponde a su naturaleza, en el análisis de la realidad, evolución y problemática de los procedimientos judiciales*»[38].

Resultan indiscutibles las bondades alegadas por el legislador en su justificación de la reforma. Ello no obstante, sobre la misma planean, a nuestro juicio, algunas sombras en absoluto desdeñables. Más allá de las señaladas al hilo del análisis —la imprecisión de la excepción prevista en el artículo 284.2.b) de la LECrim, etc.—, no puede dejar de destacarse por evidente que pueda parecer que, cometido el delito, la reforma se limita a cambiar el epicentro de la intervención del sistema; se traslada, de hecho, al terreno de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Cuando se subraya la abismal diferencia entre el dato bruto de diligencias incoadas anualmente y el número de procedimientos que llegan a tener sustantividad como argumento favorable al cambio de régimen, se obvia que con el mismo no se hace sino situar el análisis en un punto previo del eje, cuestión ésta que puede contribuir, sin duda, a una reducción de las diligencias y a una optimización de los recursos judiciales, pero que lo hace no a costa de la disminución del tipo de delincuencia que habitualmente genera este tipo de atestados, sino a costa de la deslocalización de la distorsión que acostumbran a ocasionar. Insistimos, sin cuestionar las bondades de la reforma, lo cierto es que, desde una perspectiva de conjunto del sistema de Justicia penal, pierden fuelle.

Asimismo, el deber de la Policía Judicial de comunicar al denunciante que, en el caso de no identificar al autor en el plazo de setenta y dos horas, las actua-

---

inmediata, con la subsiguiente repercusión en la carga de trabajo y en el empleo racional de los medios personales y materiales afectos a la investigación judicial, y en la medida en que permitirá una mayor concentración de tales medios en las investigaciones y diligencias abiertas», en Consejo General del Poder Judicial, «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», *op. cit.*, p. 58, consulta a 10/02/2018.

37. «*Los atestados policiales sin autor conocido se quedarán en comisaría, en lugar de ser remitidos al juzgado o al fiscal, salvo, lógicamente, que sean reclamados por alguna de aquellas autoridades o que se instruyan diligencias policiales ampliatorias después de trascurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado (párr. 3.º del art. 284 ALECrim.). Esta medida, sin duda, será bienvenida, al evitarse así un trabajo de registro, y un gasto de papel, tiempo y espacio por parte de los juzgados y fiscalías. Al menos, se conseguirá despejar mínimamente el trabajo y no se perderá esfuerzo en minutar, firmar y visar papel muerto*», en Jiménez Segado, C., «Examen del Anteproyecto 2014 para "agilizar" la justicia penal», *Diario La Ley*, número 8455, 9 de enero de 2015, La Ley 9238/2014.

38. Consejo Fiscal, «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», *op. cit.*, p. 31, consulta a 10/02/2018.

ciones no serán remitidas a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción, no impide —como no podía ser de otra forma—, que en efecto se reitere la denuncia. Así las cosas, si no se imposibilita, —insistimos, en buena hora—, la medida únicamente sirve para obstaculizar el acceso al proceso *stricto sensu*. Nuevamente sin negar lo que la medida implica a efectos de saturación, agilización, etc., acreditada la posibilidad de que la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción sirva para incoar un proceso, no cabe duda de que el nuevo régimen legal acabará por provocar que, en no pocos casos, tal posibilidad se produzca a costa de la víctima del hecho delictivo.

Sin negar —*grosso modo*— que «*Con las excepciones expuestas, queda disipado cualquier temor mínimamente fundado de ocultismo procesal en la lucha contra el delito*»[39], en nuestra opinión, la exigencia de la reiteración puede desincentivar el ejercicio de la denuncia con todo lo que ello comporta, insistimos, desde el punto de vista de los fines del sistema de Justicia penal. No se quiere aquí decir que la medida vaya a servir para blanquear cifras molestas[40]; únicamente se pone el acento en que el contexto claramente desincentivador ocasionará, muy probablemente, que muchos hechos delictivos se queden por el camino.

Destacábamos anteriormente ese «*grosso modo*» porque quizás, a la vista de lo señalado, pudiera resultar de interés elaborar un registro diferente para esta clase de atestados, o la remisión por parte de la Policía Judicial de una relación de asuntos a efectos informativos. Nótese que, tal y como venimos de señalar, de conformidad con los artículos 448-450 de la frustrada ALECrim, la Policía Judicial debía comunicar al Ministerio Fiscal el resultado de su actividad investigadora bien por medio de atestado, en los supuestos legalmente determinados, bien por medio de relación. En este último caso, como sabemos, en tanto no se identificase al responsable de la infracción, la Policía Judicial debía continuar practicando por sí misma las diligencias pertinentes para la clarificación de los hechos y la averiguación de su autor. Todo ello debía quedar debidamente documentado en los archivos policiales, incluyendo una breve descripción

---

39. González-Cuéllar Serrano, N. y Marchena Gómez, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, *op. cit.*, 2015, pp. 71-76.

40. En relación al texto del Anteproyecto —entendemos que el espíritu de la crítica se mantiene vigente—, Sáez Rodríguez señala «*La previsión* (…) *más que una medida de agilización procesal, estaría, desde esta perspectiva, vinculada por un lado a la eficiencia estadística*», en Sáez Rodríguez, M.C., «Voto particular que formula la vocal María Concepción Sáez Rodríguez al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en sesión celebrada el 12 de enero de 2015», en www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20150116%20025.14.VOTO%20PARTICULAR%20C.SAEZ.pdf, p. 2, consulta a 10/02/2018.

de los hechos, así como la identidad de las personas denunciantes y de las víctimas, si las hubiere. Además, en lo que ahora interesa, la policía debía informar al Ministerio Fiscal a través de una relación periódica relativa a las denuncias recibidas y de las investigaciones efectuadas.

Salvando las distancias y procediendo a las correspondientes adaptaciones, la apuntada pudiera haber sido una opción de interés. Sin embargo, a juicio del CGPJ, en la consideración de que tales opciones «(…) *las prevenciones orientadas a que se remita por la Policía un listado de asuntos a los meros efectos informativos que no dé lugar a la incoación de previas, o que haya un registro diferente de este tipo de atestados, no sólo no aportarían nada positivo sino que redundarían en los problemas que, con acierto, se trata de solucionar. Por supuesto que es deseable una comunicación telemática entre los Cuerpos de Policía y los Juzgados que ahorre el enorme trabajo de transcripción que ahora se realiza, y por supuesto que ese el objetivo, pero la situación actual no es esa, sino la de muchos servidores públicos pasando los datos de los atestados sin autor al sistema informático judicial, e incoando diligencias que se archivarán y que no volverán a ser reabiertas nunca. Debe considerarse, por último, que los recursos no son ilimitados y la optimización de que se dispone exige adoptar medidas como la que se propugna, que carece de perniciosos efectos secundarios*»[41].

Por último, no podemos evitar mostrar cierta preocupación por la ampliación de los umbrales de actuación policial y la respectiva distensión del control judicial derivada del cambio de régimen de remisión. Y ello porque, sea como fuere, esto es, salvedades y posibilidades de reiteración aparte, no cabe duda de que el referido cambio limita, más aún, el ámbito de control jurisdiccional sobre la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ello se infiere sin dificultad, no sólo de la disposición que nuclea la dovela central del cambio de régimen de remisión, sino también de la nueva redacción del artículo 295 de la LECrim que, a la tradicional justificación relativa a supuestos de «fuerza mayor» incorpora otra derivada de lo previsto artículo 284.2 de la LECrim.

Diversas voces se han manifestado en esta línea crítica. En relación al texto del Anteproyecto —entendemos que el espíritu de la crítica se mantiene vigente—, Sáez Rodríguez objeta que «(…) *lo que hasta ahora solo se justifica en caso de "fuerza mayor" ahora quedaría al albur de las decisiones de quienes han de estar siempre y en todo caso a las órdenes de la autoridad judicial*». Y concluye señalando que la nueva regulación dota «(…) *a una institución que constitucional-*

41. Consejo General del Poder Judicial, «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», *op. cit.*, p. 58-59, consulta a 10/02/2018.

mente "depende de los jueces", ex artículo 126 CE[42]*, de un margen de actuación no solo más amplio sino más indeterminado, así como de unos ámbitos de decisión en torno a sus funciones de averiguación del delito desvinculados del poder judicial, poniéndose en riesgo su necesaria independencia respecto de otros poderes del Estado distintos de aquél*»[43].

De igual modo, a juicio De la Oliva Santos[44], «*Desde luego, la Justicia penal puede ser más "ágil" si su maquinaria no tiene que procesar delitos distintos de los de la*

---

42. Artículo 126 de la Constitución Española: «*La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca*».

43. Sáez Rodríguez, M.C., «Voto particular que formula la vocal María Concepción Sáez Rodríguez al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en sesión celebrada el 12 de enero de 2015», *op. cit.*, pp. 3-4, consulta a 10/02/2018.

44. Téngase presente que De la Oliva Santos se refiere al Proyecto de Ley. Con todo, entendemos que el espíritu de la crítica se mantiene vigente porque la alusión a las excepcionalidades se efectúa sobre textos casi idénticos.
Vid. También Aguilera Morales, M., «La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (O "de cuando el oro parece…")», *Diario La Ley*, número 8551, 1 de junio de 2015, La Ley 3586/2015: «*Como a nadie escapa, lo que pretende ser regla en relación con los atestados sin autor conocido supondrá que la mayoría de los atestados de este tipo no trascenderá de la propia Policía ni dará lugar, en consecuencia, a la apertura del proceso penal. Es esto lo que proporciona a esta "sencilla medida" su eficacia aceleradora. Con ella —se piensa— se pondrá coto al "trabajo superfluo y perturbador" que hoy genera la remisión automática de estos atestados a la autoridad judicial (o fiscal) y que da "lugar en los juzgados a innecesarias aperturas de diligencias que son de inmediato archivadas previo visto bueno del Ministerio Fiscal". Pues bien, sin negar esta última realidad y sin desconocer tampoco otras realidades aún más tristes, somos de la opinión de que esta medida, además de simplista (y simplista no es lo mismo que sencilla), repugna a la idea misma de Justicia. Simplista —distorsionador incluso— es acuñar un régimen diverso para los atestados policiales en función de que se conozca o no el autor de los hechos delictivos y, en este último caso, de cuál sea el delito en cuestión. En este orden de cosas —y si se nos permite el símil—, debe empezarse por señalar que, de prosperar la medida, los atestados policiales podrán estar en punto muerto e incluso marchar a distintas velocidades: una rápida (no superior a veinticuatro horas) si es que hay autor conocido o se desconoce el autor pero los hechos delictivos son de aquellos "especialmente sensibles" (esto es, se trata de delitos contra la vida, la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales); y otra lenta o muy lenta, si es que transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado, las diligencias policiales arrojan algún resultado sobre su autor o, si en cualquier momento, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial solicitan de la Policía el atestado archivado por ella de facto. Pero, al margen de lo anterior, lo verdaderamente importante es que reenviar a la autoridad judicial (o fiscal) los atestados por delitos "especialmente sensibles" y conservar los que no revisten esta cualidad, implica tratar diversamente hechos que, por definición, revisten un mismo interés público y, por ende, que no deben ser sustraídos al conocimiento del Juez. Y otro tanto cabe decir desde el punto de vista del control jurisdiccional de la actividad policial. A mayor abundamiento no debe perderse de vista que la no remisión al Juez de los atestados policiales sin autor conocido sólo resulta adecuado desde el punto de vista de una mejor racionalización de los recursos materiales y humanos de la Administración de Justicia. Sin embargo, desde la sola perspectiva de la Justicia (sin la Administración de por medio) la medida comporta graves peligros que sólo muy pocos han alcanzado a ver: De una parte, porque los ciudadanos, en lo que viene siendo su costumbre, seguirán presentando ante la Policía sus denuncias en el convencimiento —erróneo— de que la notitia criminis llegará al Juez y éste ordenará cuantas diligencias resulten necesarias para el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de su autor. Naturalmente este problema será transitorio: durará lo que los ciudadanos tarden en conocer la medida y sus efectos. Pasado un tiempo, no obstante, las denuncias por delito sin autor conocido acabarán siendo presentadas ante el Juez, con lo que el resultado que cabe esperar será el mismo que el que se pretende evitar: habrá que incoar diligencias para sobreseerlas provisionalmente después. De otra parte, importa caer en la cuenta de que la generalizada facultad de conservar los atestados sin autor conocido abre la espita a que la Policía pueda escoger a sus anchas los delitos en que invertir su potencial investigador. Negar la existencia de este peligro sobre la base de que el Juez o Ministerio Fiscal pueden solicitar de la Policía la remisión de cualquier atestado representa una mayúscula ingenuidad. Porque, ¿cómo sabrá el Juez o el Ministerio*

letra a) o de aquellos en que, tras "cualquier diligencia" policial, al cabo de 72 horas, aparezca que existe "autor conocido". Pero esa "agilidad" se llama (…) *impunidad para innumerables delincuentes y carta blanca para que la policía (que no habría llegado a ser "policía judicial") decida, por sí y ante sí, los hechos de apariencia delictiva que se investigan y se juzgan. No me parece necesaria ninguna explicación porque lo que acabo de afirmar salta a la vista del texto resaltado*»[45].

Lo cierto es que el temor se deja entrever tanto en el Informe del Consejo Fiscal, como en el Informe del Consejo General del Poder Judicial. Mientras en el primero de los textos se reconoce que la exclusión de la obligación de remisión era susceptible de incidir en el control jurisdiccional de la actividad de la Policía Judicial, elemento capital de la división de poderes, y que los órganos jurisdiccionales debían fiscalizar la adecuada apreciación de los elementos previstos en los atestados; en el Informe del CGPJ se destacaba que la exclusión del control jurisdiccional podía afectar, desde una perspectiva «hipotética», al ejercicio de la función jurisdiccional.

En ambos informes, el ejercicio de ponderación cede ante la tipología de los delitos que acostumbra a generar este tipo de atestados, para acabar saludando el cambio de régimen de remisión. En efecto, sin negar el referido riesgo se pone el acento en que en presencia de determinados delitos «(…) *el pretendido control judicial constituye una infructífera rutina burocrática*»[46]. Se defiende, por tanto que, para ponderar correctamente la utilidad del referido cambio «*y el inconveniente que representa conciliar la medida propuesta y el riguroso respeto al ejercicio de la función jurisdiccional que el artículo 117.3 CE atribuye en exclusiva a los jueces y tribunales, debe tenerse en cuenta que la inmensa mayoría de los atestados que se remiten a los Juzgados de Instrucción, en los que se denuncian hechos delictivos sin autor conocido, no originan otra actividad que no sea la meramente burocrática, ocasionadora de todas las disfunciones que se pretenden evitar con la reforma*»[47].

Fiscal de la existencia de un atestado que no le ha sido remitido? ¿Cómo puede controlarse lo que se desconoce? Cuantos argumentos han sido expuestos revelan paladinos cuál es el porvenir parlamentario que, a nuestro juicio, debería darse a esta medida. Ese porvenir es único y no es otro que el de su supresión».

45. De la Oliva Santos, A., «La policía, con el deber "legal" de no hacer nada y el poder de impedir la acción de la justicia», *op. cit.*, consulta a 10/02/2018.

46. Consejo Fiscal, «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», *op. cit.*, p. 30, consulta a 10/02/2018.

47. Y continúa el texto indicando que: «*El control judicial de la actividad policial carece de una fundamentación atendible. No se alcanza a ver en qué se traduciría ese control, en qué medida el juez de instrucción puede suplir la supuesta ineficiencia de la labor investigadora de la Policía. Pero es que, además, el control judicial se prevé mediante los mecanismos recogidos en el propio precepto* (…)», en Consejo General del Poder Judicial, «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», *op. cit.*, p. 124, consulta a 10/02/2018.

5. Bibliografía

AGUILERA MORALES, M., «La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (O "de cuando el oro parece…")», *Diario La Ley*, número 8551, 1 de junio de 2015, La Ley 3586/2015.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «La reforma del proceso penal español en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011», *Diario La Ley*, número 7939, 8 de octubre de 2012, La Ley 16748/2012.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Prólogo», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

CONSEJO FISCAL, «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», en www.pdfs.wke.es/2/2/7/8/pd0000102278.pdf.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», en www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20150116%20025.14%20Informe%20anteproyecto%20LO%20modificaci%C3%B3n%20LECr..pdf.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «La policía, con el deber "legal" de no hacer nada y el poder de impedir la acción de la justicia», en www.andresdelaoliva.blogspot.com.es/2015/03/la-policia-con-el-deber-legal-de-no.html.

GIMENO SENDRA, V., «El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011», *Diario La Ley,* número 7738, 17 de noviembre de 2011, Editorial La Ley, La Ley 17661/2011.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.

JIMÉNEZ SEGADO, C., «Examen del Anteproyecto 2014 para "agilizar" la justicia penal», *Diario La Ley*, número 8455, 9 de enero de 2015, La Ley 9238/2014.

MARTÍN PASTOR J., «La reforma del régimen de remisión de los atestados relativos a delitos sin autor conocido», *Diario La Ley*, número 8683, 18 de enero de 2016, La Ley 8107/2015.

RICHARD GONZÁLEZ, M., «La competencia del ministerio fiscal para la investigación de actos delictivos. Diligencias preliminares y competencias de instrucción en el procedimiento de menores», en ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Coords.), *Estudios sobre la prueba penal,* La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C., «Voto particular que formula la vocal María Concepción Sáez Rodríguez al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en sesión celebrada el 12 de enero de 2015», en www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20150116%20025.14.VOTO%20PARTICULAR%20C.SAEZ.pdf.

El fortalecimiento del derecho de defensa en los anteproyectos de reforma de la LECrim

Vicente Gimeno Sendra
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. Introducción

En sendos artículos, publicados en el diario «La Ley» durante los años 2011 y 2014 e intitulados respectivamente «*El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011*» y «*Estudio comparado del régimen de intervención de las partes privadas en los anteproyectos de LECrim de 2011 y 2013*», tuve ocasión de comentar el distinto régimen procesal de las partes privadas en el Anteproyecto de nueva LECrim de 2011, elaborado en el seno del Ministerio de Justicia que presidía CAAMAÑO, y el de 2013, publicado cuando era Ministro, D. Rafael CATALÁ POLO.

En el presente trabajo, partiendo de lo publicado en dichos artículos de revista, me voy a circunscribir exclusivamente al derecho fundamental de defensa, sobre el que efectuaré una valoración crítica de ambos textos pre-legislativos. Pero antes conviene precisar que, aunque el texto de 2013 no llegó a convertirse en Anteproyecto, por lo que merece la calificación de «borrador», a ambos los denominaremos como tales, utilizando las siglas Ap./2011 para designar al de CAAMAÑO y Ap./2013 para el de CATALÁ.

2. El Anteproyecto de 2011

2.1. Valoración personal

Como primera consideración preliminar quisiera destacar la valoración altamente positiva que me merece el Anteproyecto de LECrim de 2011, el cual debió, tras las modificaciones pertinentes, convertirse en Ley, por cuanto pudo

contribuir a erradicar los males que aquejan a nuestra justicia penal (inquisitiva en la práctica, lenta e ineficaz) con un escrupuloso respeto a nuestra jurisprudencia constitucional.

La realidad nos confirma, sin embargo, que ello no ha sucedido con ninguno de los dos Anteproyectos, permaneciendo, como asignatura pendiente, la elaboración del Código Procesal Penal de nuestra actual democracia.

No obstante dicha valoración global positiva, debieran efectuarse puntuales modificaciones en el régimen de intervención de la defensa en la detención, en la investigación del M.F., en el juicio oral y en los recursos.

2.2. La detención

Resultaba muy loable la previsión del Ap./2011, conforme a la cual el Abogado ha de poder entrevistarse con su patrocinado con anterioridad a su primer interrogatorio policial (art. 173.4.a) o ante el M.F. (art. 250.b), tal y como ha sancionado el nuevo art. 118.2.II introducido por la L. O. 5/2015.

El plazo de la detención policial debió, sin embargo, haberse modificado en consonancia con nuestra Constitución y legislación procesal. En el AP./2011, si bien dicho plazo es el de setenta y dos horas, la necesidad de que el M. F. pueda interrogar al detenido llevó a dicho texto pre-normativo a distinguir, un plazo de cuarenta y ocho horas, en sede policial, y otro, de veinte y cuatro, ante el M. F. (art. 170.2.II y III).

A mi parecer, debiera haberse invertido los términos. Teniendo en cuanta que, según lo dispuesto en el art. 17.2 C.E.,«*la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos…*» y dichas averiguaciones, en lo que al detenido se refiere, se plasman en dos diligencias, la de su identificación y su interrogatorio, no parece que la policía debiera (so pena de convertir a la detención en ilegal) retenerlo por encima del tradicional plazo de veinticuatro horas previsto en el art. 496 LECrim.

Por el contrario, al convertirse el M.F. en el Director de la Investigación y Jefe de la policía judicial, la cual habrá de actuar bajo sus órdenes inmediatas (arts. 425.1 y 456), si hubiera que practicar el M.F. con el detenido otras diligencias distintas a las anteriormente mencionadas (por ej., un careo o una inspección o intervención corporal), debiera encontrarse ya a su disposición efectiva en las dependencias de la Fiscalía y no, en las de la Comisaría de Policía, lo que acon-

sejaría otorgarle un plazo de detención superior de cuarenta y ocho horas hasta completar el de setenta y dos horas previsto en el art. 17.2 C.E.

2.3. La investigación del M.F.

A diferencia del régimen vigente, en el que, como es sabido, el derecho de defensa surge al inicio del procedimiento con la imputación de parte (art. 118 LECrim) y deviene obligatoria «*desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada*» (art. 767 con arreglo a su redacción operada por la Ley 38/2002), en el Ap./2011, había de distinguir el derecho de defensa del detenido, el del inicialmente «investigado» y el del sometido a la primera comparecencia ante el M. F.

Con respecto a la asistencia letrada al detenido y con independencia del sistema de plazos de la detención al que nos hemos referido, nada había que objetar, pues el Anteproyecto se manifestaba respetuoso con el derecho de defensa.

No podemos, sin embargo, afirmar otro tanto en todo lo relativo a la defensa del investigado, ni siquiera con el sometido a la primera comparecencia.

2.3.1. El inicialmente investigado

El inicialmente «investigado» no era el denunciado, a quien el Anteproyecto no le otorgaba todavía el derecho de defensa, ni siquiera el sospechoso policial, quien tampoco gozaba con plenitud de dicho derecho fundamental (el art. 446.5 tan sólo conmina a la policía a ilustrarle de sus derechos), sino el sujeto pasivo de un Decreto del M.F. de apertura de la investigación como consecuencia de la interposición en la Fiscalía de una denuncia o de un atestado (art. 457).

Aunque el Decreto del M. F. de iniciación de la investigación había de ser notificado a la persona investigada, con ilustración de sus derechos (art. 457.3), dicha regla general sufría dos importantes limitaciones:

A) La declaración de secreto

La primera de ellas consistía en la declaración de secreto: «*Salvo que se haya acordado el secreto* —reza el art. 457.3— *el decreto de iniciación será notificado a la persona investigada*». «*Desde la primera comparecencia, salvo declaración de secreto, el abogado del investigado tendrá derecho a acceder al procedimiento y a examinar las piezas de convicción*» (art. 469).

Declaración de secreto que se sometía a un estándar[48] de apreciación discrecional y exclusiva del M.F, quien había de emitir el pertinente Decreto, el cual habría de ser ratificado por Juez de garantías, pero que, a diferencia del régimen vigente, en el que dicha declaración está sometido a un plazo temporal (de 1 mes: art. 302.2 LECrim), en el Anteproyecto no tenía limitación temporal alguna. Y algo similar acontecía con el secreto parcial en la intervención de las comunicaciones (art. 274.3), en donde, al igual como acontece en la actualidad, el plazo era de tres meses, pero prorrogable indefinidamente (art. 282.1 y 2), en tanto que, en la actualidad, tiene un límite máximo de 18 meses (art. 588 ter «g» LECrim).

En tales casos, el sacrificio del derecho de defensa era también total, toda vez que «*la declaración de secreto impedirá que las partes personadas, a excepción del Ministerio Fiscal, tomen conocimiento de las actuaciones e intervengan en las diligencias*» (art. 488.1). Ausencia de publicidad para la defensa que alcanzaba incluso a la ocultación de los actos de investigación que fundamentan la petición de medidas cautelares, tales como la petición de la prisión provisional (arts. 214.4, 226.5, 488.2); prohibición de comunicación de la imputación, que podría conculcar gravemente los derechos fundamentales a la libertad y de defensa[49].

B) La ausencia de identificación en la «investigación preliminar»

Y la segunda de las enunciadas limitaciones había de acontecer cuando el investigado todavía no estuviera identificado. En tal supuesto, disponía el art. 463.1 que «*si al iniciarse el procedimiento no se conoce la identidad de los posibles responsables criminales o si no se dispone en ese momento de elementos suficientes para dirigir la investigación contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial, el fiscal, por sí o a través de la Policía Judicial, podrá practicar las diligencias necesarias para obtener los datos, informaciones, declaraciones y cualesquiera otros elementos que puedan servir para atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada.*» Nótese que el precepto se refiere a la «identificación» y no a la determinación del imputado, lo que confiere una cierta laxitud a la libertad de investigación por el M.F.

---

48. De conformidad con lo dispuesto en el art. 485.1 la declaración de secreto instructorio sucedía ante dos posibilidades: «*a) Cuando exista un riesgo cierto de que el conocimiento o acceso a su contenido puede suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba, y b) Cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación*.» En tanto que el primer supuesto aparecía manifiestamente justificado, el segundo era susceptible de mejora en su concreción (por ej.: para evitar la comunicación entre co-investigados).

49. STEDH, de 30 de marzo de 1989, caso «Lamy», contra Bélgica, SSTC 18/1999 y 12/2007…

De esta «*investigación preliminar*» había que excluir, sin embargo, dos supuestos: a) la del imputado detenido, el cual habría de ser interrogado inmediatamente por el M.F. (art. 466. 1) y b) o cuando el M. F. hubiera de solicitar del Juez de garantías una «*diligencia de investigación que, de acuerdo con lo establecido en esta ley, requiera autorización judicial*» (art. 466.2), lo que había de suceder ante la petición de cualquier resolución limitativa de los derechos fundamentales del investigado, que no requieran del secreto instructorio (*v. gr.*: adopción de medidas cautelares). En tales supuestos, el Anteproyecto obligaba al M. F. a realizar la «primera comparecencia».

Salvedad hecha de estos dos supuestos, en los que el M.F. había de proceder al interrogatorio del investigado, en los demás, la instrucción del M.F. podía practicarse con absoluta comodidad y a espaldas del Abogado, el cual habría de tomar conocimiento de las actuaciones cuando su patrocinado fuera identificado y, en último caso, al término de la investigación, todo ello sin perjuicio de que el retraso injustificado en practicar la primera comparecencia pudiera provocar un sobreseimiento (art. 467[50]).

No obstante las prevenciones del art. 467 para evitar un retraso malicioso por el M.F. en la celebración de la primera comparecencia, lo cierto es que el sistema de plazos de conclusión de la investigación estimulaba dicha dilación. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 481, el plazo común para que el M.F. concluyera su investigación era de 12 meses. Pero dicho plazo no se computaba desde el inicio de la investigación, sino desde la celebración de la primera comparecencia, la cual venía a erigirse en una especie de auto de procesamiento, que, no obstante el deseo del legislador de la LECrim de convertirlo en presupuesto de la primera declaración indagatoria, desde siempre la práctica forense lo convirtió en la culminación del sumario.

Por ello, si en verdad de lo que se trata era de evitar las dilaciones indebidas en la instrucción y el retraso injustificado de la imputación con grave merma del derecho de defensa, hubiera debido el pre-legislador, de un lado, establecer un plazo de conclusión de la investigación preliminar y, de otro, fijar como «*dies a quo*» del cómputo del plazo de duración de la instrucción el del Decreto de iniciación de la investigación.

---

50. Pero dicho retraso injustificado había de provocar un «perjuicio relevante para la defensa», lo que tan sólo podía acontecer en los supuestos de prueba preconstituída, ya que, tratándose de actos meramente investigatorios, podían estas diligencias ser solicitada en las «diligencias complementarias» y, en último término, ante el Juez de garantías (art. 494).

2.3.2. El sometido a la primera comparecencia

A diferencia del régimen vigente, en el que, como ha quedado dicho, del acto de iniciación de la instrucción hay que dar traslado al investigado para que ejercite su derecho de defensa, ninguna obligación del M.F. existía sobre el traslado de la denuncia, sino tan sólo, como se ha reiterado, el del Decreto de iniciación.

A) Nacimiento del derecho de defensa

En el Ap./2011, el derecho de defensa surge, pues, con la «*primera comparecencia del investigado*». Es a partir de ese momento, en el de la citación del M.F. al investigado, para ser interrogado con ilustración de su derecho a comparecer con Abogado (art. 464.1.II), cuando había de surgir el derecho de defensa: «*El investigado podrá designar o solicitar que se le designe abogado desde el momento en que se le cite para la primera comparecencia y, en todo caso, cuando se proceda a su detención*» (art. 37.3).

Momento a partir del cual estaba el Abogado autorizado, salvo declaración de secreto, a acceder al procedimiento, conocer las diligencias y el hecho investigado, entrevistarse con su patrocinado con anterioridad a su interrogatorio y proponer los actos de investigación que estime pertinentes (arts. 33, 469 y s.s.).

Pero la celebración de dicha primera comparecencia no estaba sometida a plazo preclusivo alguno. Tan sólo lo estaba en los dos casos anteriormente mencionados, esto es, cuando se hubiera trasladado al M.F. a un detenido o cuando éste había de instar alguna medida limitativa de un derecho fundamental (art. 466.1 y 2, entendiéndose por tales actos también la adopción de una medida cautelar personal (art. 466.1.III), en cuyos respectivos casos también la primera comparecencia se convertía en presupuesto de dicha solicitud.

Pero, si el denunciado no hubiera sido sometido a una detención o medida cautelar, el M.F. podía efectuar una investigación sin la presencia del Abogado defensor en tanto perdurara la investigación preliminar, a la que nos hemos referido *supra*. 3.A.

B) Capacidad de postulación

Tal y como disponía el art. 472 del Ap./2011, «*el investigado, por sí o a través del abogado designado para su defensa, podrá participar en la práctica de todos aquellos actos de investigación en los que esta ley expresamente prevea su intervención* (...)».

El problema era que el Anteproyecto tan sólo contemplaba, de una manera clara y diáfana, la intervención del Abogado en los interrogatorios, policial y fiscal, de su patrocinado. En las demás diligencias, permanecía su intervención en la más absoluta nebulosa, tal y como se examina a continuación:

a) Inspecciones e intervenciones corporales

De este modo, ninguna intervención del Abogado se preveía en el régimen de adopción de las inspecciones e intervenciones corporales o en la obtención de perfiles de ADN (arts. 255-267), diligencias todas ellas, con respecto a las cuales, si bien podría justificarse su ausencia en las inspecciones urgentes que deba practicar la policía judicial, ninguna justificación legitima la ausencia de intervención del Letrado en las demás que haya de practicar el M.F. Y, así, al defensor se le debía haber autorizado a estar presente y poder formular las correspondientes alegaciones en le recogida de la muestra indubitada de ADN, en las inspecciones íntimas y, sobre todo, en las intervenciones corporales, a cuya práctica, según el Ap./2011, estaba obligado a comparecer el investigado, pero no su Abogado.

b) Entrada y registro

Con respecto a la diligencia de «registro domiciliario» y, por extensión, a la intervención de «libros, papeles efectos y documentos»[51], el Anteproyecto diferenciaba entre el imputado detenido y el investigado. En el primer caso, «*si el investigado está detenido, necesariamente concurrirá al registro asistido de abogado*». Pero, en el segundo, tan sólo estaba prevista la intervención del «investigado» (y no expresamente la de su Abogado), estando incluso excluida dicha presencia del sujeto pasivo de esta diligencia, cuando «*… la notificación previa ponga en peligro el resultado del registro, lo impida el secreto de las actuaciones o existan razones de urgencia que lo justifique…*» (art. 334.3). En mi opinión, dicha exclusión de la defensa tampoco garantizaba la posibilidad de contradicción de esta diligencia y, por tanto, podía degenerar en un mero acto investigatorio, lo que debiera haber sido un acto de prueba preconstituída[52].

c) Incautación de archivos informáticos

Un régimen similar contemplaba dicho texto con respecto a la diligencia de registro e incautación de datos y archivos informáticos (art. 347), con respecto a la cual también silenciaba el Ap./2011 la intervención del Abogado, muy posiblemente debido al peligro de destrucción de las fuentes de prueba. Pero, al igual que en el registro domiciliario, el Ap./2011 debió haber diferenciado tam-

51. El art. 344 consideraba esta diligencia como una mera extensión del registro.

52. *Cfr.*: SSTC 80/1986, 94/2002, de 22 de abril; ATS 15 de abril de 2004; STS 13 de febrero de 2004…

bién aquí la diligencia de «entrada», de la de «registro»: la primera no debiera precisar, a fin de conjurar dicho riesgo, de la previa notificación al defensor, en tanto que la segunda desde siempre ha exigido la presencia del interesado (art. 569 LECrim), quien habrá de estar presente en la diligencia de registro, bajo sanción de nulidad del acto de prueba[53]. Por ello, y una vez efectuada la entrada, si el imputado no estuviera detenido, debió el Ap./2011 haber previsto la suspensión de la diligencia, notificar la práctica del registro por el medio más rápido posible al Abogado y practicarlo, siempre y cuando fuera posible, en su presencia.

d) Inspección ocular y reconstrucción de hechos

Mayor respeto al derecho de defensa merece la denominada «inspección ocular», en la que el art. 355 del Anteproyecto prevé la participación del «investigado»: «*El investigado si fuere conocido al tiempo de practicarse la diligencia, podrá participar en la inspección ocular asistido de letrado*». Ello no obstante, la determinación del investigado exclusivamente como sujeto pasivo de un Decreto del M.F. de apertura de la investigación (art. 457. *vid*. *supra* II.2.A) podía haber generado la indebida conclusión de que las inspecciones oculares de la policía no requerían de la presencia del defensor, circunstancia que tan sólo podría legitimarse cuando dicho profesional no pueda ser habido. Por ello, debió el Anteproyecto haber previsto la participación del Abogado también en sede policial, siempre y cuando no concurran razones especiales de urgencia[54] que hagan frustrar la práctica de esta diligencia.

---

53. STC 239/1999, de 20 de diciembre; SSTS 20 de marzo de 2003; 19 de noviembre de 2003; 14 de noviembre de 2003, 20 de octubre de 2003; 3 de abril de 2001; 30 de enero de 2001; 13 de marzo de 2000; 14 de noviembre de 2000; 2 de diciembre de 1998 y ATS 4 de marzo de 2004.

54. *Cfr.* la doctrina sustentada en el F.J. 5 de la STC 303/1993, de 25 de octubre y de la que fui ponente: «*En efecto, con respecto al acta de 19 de septiembre en la que se plasma la intervención de diez bolas de "hachís" en el interior del vehículo intervenido "dos días antes", por los funcionarios del cuerpo de la Guardia Civil, resulta obligado afirmar que, a diferencia del primer registro efectuado con resultado negativo el día 17 de septiembre, no concurre en él la nota de urgencia que dote del carácter de prueba a dicha diligencia de recogida de los elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito. La dilación, por otra parte, en la realización de dicha diligencia hubiera debido permitir que a la misma acudieran los ocupantes del vehículo (a la sazón detenidos en las dependencias de la Comisaría del Cuerpo Superior de Policía de Irún) debidamente asistidos por sus Abogados, pues las exigencias legales establecidas para la recogida judicial de los efectos del delito, siempre que no concurran los referidos impedimentos de urgencia o necesidad, también deben ser cumplidas por la Policía judicial. No tuvieron, sin embargo, los recurrentes ocasión de hacerlo, ya que los agentes de policía no les comunicaron la realización de esta diligencia imposibilitando de este modo que quedara garantizada la posibilidad de contradicción. Así, pues, una vez desaparecidas las expresadas razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo de los inculpados privan de valor probatorio al resultado de esta actuación policial que debió haber motivado, en todo caso, la declaración testifical en el juicio oral del funcionario de policía que practicó el registro del vehículo, lo que no se hizo*».

Un régimen de intervención de la defensa similar a la inspección ocular contempla el art. 375 en todo lo referente a la diligencia de «reconstrucción de hechos».

e) Interrogatorio de testigos

En cuanto al interrogatorio de testigos, el Anteproyecto, consecuente con el principio de que los actos de investigación carecen de valor probatorio (art. 127.2), no preveía la intervención del defensor. Ello no obstante, si la declaración del testigo fuera, por razones de enfermedad o ausencia, «irrepetible», la presencia del Abogado se encontraba garantizada en su calidad de prueba anticipada o «aseguramiento de la prueba» (art. 512).

f) Examen pericial y designación de facultativos

Parece respetuoso el Anteproyecto con el derecho de defensa en la práctica del examen pericial. Ciertamente la designación de peritos había de correr a cargo exclusivo del M.F. (art. 388); pero la defensa podía proponer peritos privados (art. 392.2), recusar a los propuestos por y ante el M.F. y, en último término, ante el Juez de garantías durante la fase intermedia (art. 391), estando el Abogado expresamente autorizado a «…*proponer aquellos puntos a los que debe extenderse el dictamen, aportar otros instrumentos o efectos para su análisis conjunto o designar un perito a su costa para que concurra al reconocimiento*» (art. 393).

También parece loable la posibilidad que tendría el investigado de designar un Médico que concurriera a la práctica de la autopsia (art. 371) o que se encargara de dictaminar sobre la salud del paciente o los daños corporales (art. 398.2).

g) Diligencias solicitadas por la defensa

La letra «k» del art. 33.1 reconocía como derecho del investigado el de *«en todo caso, participar en los* (actos de investigación) *que él mismo solicite y sean acordados a su instancia».*

Pero esta rotunda declaración sufría una importante restricción en el art. 472, conforme al cual dicha participación había de circunscribirse a las diligencias *«que se practiquen a su instancia por orden del Juez de Garantías».* Así, pues, y de haber sido convertido en Ley en tales términos el Anteproyecto, el M.F. hubiera podido practicar, si no las considerara irrelevantes (art. 470), los actos de investigación solicitados por la defensa, pero hubiera podido denegar, en ellos, la intervención del Abogado, sin perjuicio de que, en la fase intermedia, el Juez de garantías hubiera dispuesto su intervención, lo que, amén de antie-

conómico, entrañaba una manifiesta desconfianza hacia este colaborador de la Justicia.

2.3.3. Los recursos en la investigación

Con una redacción similar a la del art. 432 Ap./2011 (que, como se ha examinado, establece el régimen de intervención del Abogado en las diligencias que practique el M.F.), el art. 492 vino a disponer también que «*los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley*».

Sucedía, sin embargo, que, a diferencia de dicho régimen de intervención, que, aunque cicatero, contemplaba algunos supuestos de asistencia del Abogado, no hemos encontrado, fuera del Decreto de denegación de la solicitud de práctica de «diligencias complementarias» (que había de suceder al término de la instrucción del Fiscal: art. 495.1), supuesto alguno de impugnación, de los Decretos del M.F. por la defensa, cuyo régimen era todavía más estricto que el de los recursos de las partes acusadoras. Así, desde el Decreto de iniciación de la investigación, pasando por la adopción de la totalidad de los actos instructorios o de denegación de los propuestos por la defensa, las resoluciones sobre el procedimiento adecuado, adopción de medidas cautelares provisionalísimas (detención, bloqueo de cuentas bancarias por razones de urgencia…), etc., son resoluciones del M.F. todas ellas, con respecto a las cuales no hubiera podido la defensa ejercitar medio de impugnación alguno, permaneciéndole, como último remedio, la reproducción de su petición, durante la fase intermedia, ante el Juez de garantías.

Es cierto que los actos del M.F. no participan de la naturaleza jurisdiccional, por lo que no tienen por qué secundar idéntico régimen de recursos al de las actuales resoluciones judiciales; pero tampoco lo es menos que, ni siquiera en el procedimiento administrativo sancionador se le prohíbe al administrado ejercitar, contra las decisiones de la Administración, los recursos administrativos. Por ello, el Ap./2011 podía haber arbitrado un recurso de reforma contra determinadas resoluciones del M. F. y, habida cuenta de su estructura, incluso poder trasladar el defensor su petición al superior jerárquico. Pero, por razones de economía, decidió convertir al Fiscal competente, más que en un Director, en un infalible «Dueño absoluto de la investigación».

Como podrá observarse, el régimen de recursos de la defensa resultaba ser inverso al del en la actualidad vigente. Si la reforma operada por la Ley 38/2002, a fin de erradicar las inquisiciones generales con sus «Jueces estrella» incluidos,

estableció, como regla general, la de la impugnación, no devolutiva y devolutiva, de todos los autos del Juez de Instrucción «*que no estén exceptuados de recurso*» (art. 766.1 LECrim), en el Anteproyecto, su art. 492 invertía totalmente los términos con la agravante de que no autorizaba expresamente a la defensa recurrir Decreto alguno del M.F.

Dicha omisión del pre-legislador era particularmente grave a la hora de negar a la defensa la posibilidad de recurrir las resoluciones de imputación que iban jalonando el procedimiento de investigación: la detención por el M.F., el Decreto de inicio de la investigación, la citación para la primera comparecencia e incluso el Decreto de conclusión de la investigación y apertura del plazo para formular acusación, que viene a cumplir una función similar a nuestro Auto de Transformación del Procedimiento Penal Abreviado, no eran susceptibles de recurso («*Contra el decreto que acuerde la continuación del procedimiento no cabe impugnación*» —art. 501.2.II—).

Si a dicha prohibición se sumaba la posibilidad que tenía el M.F. de obtener, a través de sucesivas prórrogas, la indefinida intervención de las comunicaciones del imputado, la de decretar el secreto instructorio, la inexistencia de plazo para la conclusión de la investigación preliminar, el cómputo del plazo de la investigación desde la fecha de la primera comparecencia (y no, desde la iniciación de la investigación), etc., no parece que las prescripciones del Anteproyecto sobre el retraso injustificado del M.F. a celebrar la primera comparecencia (art. 467) o la prohibición de inquisiciones o «causas generales» (art. 428) y la de «investigaciones prospectivas» (art. 429) hubieran de alcanzar una virtualidad efectiva, pudiendo convertirse en normas meramente admonitivas. Antes al contrario, bien podría haber sucedido (como en la actualidad desgraciadamente todavía acontece en el seno de las atípicas «Diligencias Indeterminadas») que un ciudadano tuviera una investigación dirigida contra él, con sus teléfonos intervenidos, durante meses e incluso años, sin ni siquiera conocer el hecho punible que se le hubiera atribuido y el procedimiento penal que, en su contra, se estuviera incoando.

2.4. El juicio oral: el visionado de los soportes audiovisuales y la lectura de documentos

Si como se infiere de lo anteriormente expuesto, la investigación (preliminar y principal) del M.F. ha de merecer la calificación de inquisitiva, el Ap./2011, a partir del escrito de acusación o «*ejercicio de la acción penal*», como no podía ser de otra manera, era plenamente respetuoso con el derecho de defensa y con el principio de «igualdad de armas».

Loable resulta, a este respecto, la petición vinculante de sobreseimiento, cuando el hecho punible haya infringido «bienes jurídicos individuales» (art. 529.3)[55], el «*sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación*» del art. 530, que plasma la doctrina constitucional sobre las declaraciones de coimputados y de testigos de referencia o el sobreseimiento por retraso injustificado de la acusación (art. 531), la exclusión de la prueba ilícita (art. 547), y la elaboración de los testimonios, únicamente destinados, al igual como acontece en la Ley del Jurado, a erigirse en actos de prueba (art. 540).

Ello no obstante, no debería haberse otorgado este último carácter a «*los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación que hayan sido propuestos como prueba documental*», ni a la totalidad de los «*soportes audiovisuales o informáticos en los que consten las diligencias*», pues, por esta vía de la prueba documental, podrían entrar, en el juicio oral y en calidad de prueba de cargo, no pocos actos meramente instructorios.

Téngase en cuenta a este respecto que, de conformidad con lo establecido en el art. 119 Ap./2011, todos los actos de carácter oral efectuados con la intervención del M.F. habían de ser susceptibles de grabación audiovisual. Pero una cosa es que, determinados actos de prueba preconstituída (así, por ej.: un registro domiciliario) o la declaración de un testigo expuesto a coacción (violencia de género, menores…), sean aptos para generar un acto de prueba anticipada y deban, por tanto, ser grabados y otra muy distinta es que el interrogatorio del investigado[56] o el de los testigos[57] hubieran de ser también grabados en soporte audiovisual.

Ciertamente, el art. 591.1 tan sólo autorizaba a visionar por el Tribunal las grabaciones de los supuestos constitutivos de una prueba preconstituída o anticipada, entre los que nunca se encontraría el interrogatorio del investigado o de los testigos. Pero, siendo ello así, ¿por qué había de efectuarse la grabación de estas pruebas personales?, ¿no podía estimular su resultado la ciencia privada del juez?...

Con un régimen similar al de la reproducción de los elementos audiovisuales contemplaba el Anteproyecto la lectura de documentos, supuesto que se reconducía a los actos irrepetibles, esto es, a la prueba preconstituída y anticipa-

---

55. Que consagra la doctrina del T.S. sobre los casos «Botín» y «Atutxa» (SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre y 54/2008, de 21 de enero).

56. Art. 252.3: «*Sin perjuicio de lo anterior, la declaración será registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, transcribiéndose íntegramente su contenido cuando así sea ordenado por el fiscal o cuando lo solicite alguna de las partes*».

57. Art. 381.3: «*Sin perjuicio de lo anterior, la declaración será registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen*».

da (art. 591). Ello no obstante, el art. 592 permitía la lectura de la declaración sumarial del testigo al único efecto de «*determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio*», sin que hubiera podido el tribunal fundar su sentencia condenatoria en una declaración testifical efectuada en la investigación.

Además, el art. 593 prohibía la lectura de los demás actos de investigación, con lo que se excluiría, en particular, la lectura de la declaración del investigado, incluso en el supuesto de contradicciones entre la prestada en el juicio oral y la de la investigación, prescripción esta última que también nos merece un juicio altamente positivo, por cuanto habría contribuido a erradicar la inquisitiva jurisprudencia del T.S. sobre el valor de la confesión sumarial[58].

2.5. Los recursos ordinarios

Con independencia de los recursos contra los Decretos del Letrado de la Administración de Justicia, los cuales se rigen por la LEC (art. 616), el Anteproyecto distinguía, de un lado, los recursos contra resoluciones interlocutorias del Juez de Garantías y, de otro, el recurso de apelación contra las Sentencias.

2.5.1. Los recursos contra autos

Contra los autos del Juez de garantías, contemplaba dicho texto el impropiamente denominado «*recurso de reforma*»; decimos que la denominación es inapropiada, porque, en realidad se trataba de un recurso, que, aunque horizontal, era devolutivo, ya que hubieran conocido de él las Secciones de reforma de los Tribunales de Instancia, integradas por tres Magistrados.

Por ello, nos encontramos ante otro acierto más del pre-legislador; conclusión a la que hay que llegar, si se repara en que su carácter devolutivo ofrece mayores garantías que el vigente recurso de reforma, del que conoce el propio órgano que dictó la resolución impugnada.

---

58. Y, así, en la actualidad, preguntado acerca de sus contradicciones (art. 405 LECrim), el Tribunal podrá, apreciando con inmediación sus gestos de turbación o sorpresa, formarse una íntima convicción acerca de cuál de las distintas declaraciones es la que haya de ser tenida como veraz. Pero el TS reconoce que el silencio del acusado en el juicio oral, en ejercicio de su derecho a no declarar, no impide que puedan ser valoradas las declaraciones prestadas en el sumario, practicadas con observancia de las garantías legales y constitucionales de esta prueba, siempre y cuando se proceda a la lectura, en el juicio oral, de su declaración sumarial (SSTS 30/2009, de 20 de enero, 20 de julio de 2006, 18 de febrero de 2004, 20 de septiembre de 2000) e incluso, sin proceder a su lectura, por prohibirlo el art. 46.5 de la Ley del Jurado, siempre y cuando exista confrontación entre tales declaraciones (STS de 7 de julio de 2010).

2.5.2. Los recursos contra sentencias: el recurso de apelación

Pero el mayor de los aciertos, en esta materia, consiste en la introducción, por vez primea en nuestro ordenamiento, del anhelado derecho del condenado a los recursos o al doble grado de jurisdicción, que, previsto en los arts. 2.1º del protocolo número 7 al CEDH y 14.5 del PIDCP de Nueva York, ha sido recientemente introducido, por obra de la Ley 41/2015, en el nuevo art. 846 ter.

Ahora bien, no obstante su denominación de «*recurso de apelación*», en realidad se trataba de un medio de impugnación que participaba de una doble naturaleza: ordinario de apelación, cuando lo había de interponer el condenado, y extraordinario, cuando hubieran decidido interponerlo las partes acusadoras.

Mediante esta doble naturaleza, el Ap./2011 pretendía cohonestar, de un lado, el mencionado derecho a los recursos del condenado establecido por los Pactos Internacionales y, de otro, la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia y el principio de inmediación, la cual, como es sabido, impide la revisión de la valoración de las pruebas personales, cuando se trate de gravar en mayor medida al ya condenado[59].

A) El recurso de apelación del condenado

Se trataba de una apelación «amplia», por cuanto el condenado, no sólo estaría autorizado a alegar «*hechos nuevos*» que haya podido conocer con posterioridad a la vista (art. 629.2), sino que también hubiera podido proponer nueva prueba sobre tales hechos nuevos relevantes, a los que hay que adicionar los clásicos motivos de la apelación restringida (prueba que no pudo proponer, las propuestas e inadmitidas y las indebidamente denegadas).

B) El recuso de «apelación» de la acusación

Ahora bien, tratándose de la interposición del recurso por alguna de las partes acusadoras, nos encontrábamos, como ha quedado dicho, ante un recurso extraordinario, ya que tan sólo hubieran podido interponerlo por los tasados

---

59. *Cfr.*: SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia, § 32—; 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39—; 29 de octubre de 1991 —caso Jan-Äke Anderson contra Suecia, § 28—; 29 de octubre de 1991 —caso Fejde contra Suecia, § 32—, de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59—; Igual Coll contra España de 10 de marzo de 2009. STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y SSTC 170, 197, 198, 200, 212 y 230/2002; 41, 47, 68, 108, 189, 209/2003; 10, 12, 40, 50, 75, 94, 95, 96, 128, 192/2004, 200/2004, 324/2005, 307/2005, 285/2005, 282/2005, 272/2005, 267/2005, 208/2005, 186/2005, 178/2005, 170/2005, 168/2005, 143/2005, 130/2005, 119/2005, 116/2005, 113/2005, 112/2005, 111/2005, 105/2005, 59/2005, 43/2005, 27/2005, 19/2005, 306/2006, 340/2006, 328/2006, 217/2006, 114/2006, 95/2006, 91/2006, 80/2006, 74/2006, 24/2006, 8/2006, 164/2007, 142/2007, 137/2007, 126/2007, 43/2007, 29/2007, 15/2007, 11/2007, 16 y 120/2009, 30/2010…; STS 380/2010, de 4 de mayo, ATC 28/2010, de 8 de febrero…

motivos de «*infracción de ley sustantiva o procesal*», contemplados en los arts. 626-628.

Mediante esta nueva regulación, pretendía el pre-legislador, como se ha dicho, cumplir con la doctrina del TEDH y T.C. sobre la inmediación en la segunda instancia e impedir que el tribunal «*ad quem*» pudiera revisar la valoración de las pruebas personales y gravar más al condenado de lo que ya lo estaba en la instancia.

Olvidaba, sin embargo, el Ap./2011 que dicha doctrina constitucional no es de necesaria aplicación para el enjuiciamiento de la pretensión civil, con respecto a la cual bien podía haberse arbitrado un auténtico recurso civil de apelación. Ante la inexistencia de un recurso de apelación contra el fallo civil, al perjudicado le hubieran quedado tan sólo dos alternativas: a) reservar la acción civil para el proceso declarativo correspondiente, en el que hubiera podido recorrer todas sus instancias o b) acumular la acción civil a la penal, debiendo saber entonces de antemano que la pretensión civil se dilucidaría en un proceso penal de instancia única, en el que el Juez o tribunal de lo penal devendría absolutamente soberano, tanto en la declaración de la existencia de su derecho de crédito, como en el «*quantum*» de la indemnización civil, lo que hubiera podido contribuir a estimular la arbitrariedad de los órganos penales de instancia.

2.6. El recurso de casación

Una vez consagrado el derecho a la segunda instancia penal, el recurso de casación puede ya ser configurado, como así hizo el Anteproyecto de 2011, en un auténtico recurso extraordinario.

La técnica elegida por el pre-legislador a este respecto fue la del conservador recurso «*por unificación de doctrina*» (art. 642), que sería procedente contra todas las Sentencias dictadas por los tribunales de segunda instancia, pero sin establecer suma de gravamen alguna, lo que permitiría a la Sala de lo Penal del T.S. emanar su necesaria doctrina legal ante todo tipo de delito, evitándose de esta manera los actuales vacíos jurisprudenciales; solución que, por lo demás, ha sido con mejor acierto, efectuada por el art. 847.1.b, reformado por la Ley 41/2015, el cual permite, en la actualidad, la interposición, contra las sentencias dictadas en 2ª instancia por las AAPP o AN, exclusivamente del recurso por infracción de Ley.

3. Estudio comparado del régimen de intervención de las partes privadas en los anteproyectos de LECrim de 2011 y 2013

3.1. Introducción

Tal y como he adelantado (*supra*. I), en un artículo publicado en la Revista «La Ley», fechado el 17 de noviembre de 2011, y que se corresponde con un informe que emití a instancia del Presidente del Consejo General de la Abogacía sobre el régimen de intervención de las partes privadas en el Anteproyecto de 2011, pude afirmar que «*en aras de la celeridad y la eficacia, el Anteproyecto* (de 2011) *ha menguado notablemente, durante la instrucción, el vigente régimen de intervención, tanto de la defensa, como del acusador popular y privado, hasta el punto de configurar al M.F., más que un Director de la investigación, en un dueño absoluto de ella*»[60].

A la misma conclusión no puedo llegar hoy tras un estudio del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, que, como vamos a examinar enseguida, se manifiesta mucho más respetuoso con el derecho fundamental de defensa.

3.2. Los derechos instrumentales de defensa

En un nivel meramente teórico de enunciado de los derechos procesales que integran el de defensa (al conocimiento de la imputación, designación de Abogado, al silencio, a un intérprete gratuito, etc.), cabe afirmar la similitud entre dichos derechos contenidos en los arts. 48 y s.s. del Ap./2011 y los proclamados en los arts. 7 y s.s. del Ap./2013.

Pero este último Anteproyecto incorpora dos nuevos derechos que debieran ser resaltados. Me refiero concretamente a la prohibición del doble enjuiciamiento y a la exclusión de la prueba prohibida.

3.2.1. La prohibición del doble enjuiciamiento

Como una innovación muy plausible ha de ser valorada la prohibición contenida en el art. 11 del CPP, que viene a instaurar, por vez primera en nuestro ordenamiento, la interdicción del «*double jeopardy*» contenida en el Derecho norteamericano.

---

60. «El régimen de intervención de las partes en el Anteproyecto de LECrim de 2011», *La Ley*, número 7738, de 17 de noviembre de 2011.

Y es que no nos debiéramos contentar con la prohibición penal del «*non bis in idem*», por cierto bastante devaluada como consecuencia de la doctrina de la «compensación de penas» que inauguró nuestro T.C. en la STC 105/2001 y, sobre todo, en la STC 2/2003 (F.J. 6)[61], la cual viene a justificar el doble enjuiciamiento administrativo y penal, siempre que la sentencia penal tenga en cuenta y compense el «*quantum*» de la sanción administrativa.

El resultado de todo ello es que, como consecuencia de la incriminación que el C.P. de 1995 efectuó de no pocos ilícitos administrativos (contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico, etc.) el ciudadano tiene que, no obstante la prohibición de los arts. 133 LRJPAC y 7 del R. D. 1398/1993[62], batallar en dos frentes el contencioso-administrativo y el penal, con el riesgo de ser empapelado y condenado en los dos, aun cuando, en último término, se le haya de compensar la sanción.

Pero con la nueva redacción del art. 11 Ap./2013 es claro que ya no podría instaurarse un procedimiento penal sobre un mismo hecho que haya sido objeto de un procedimiento sancionador y sobre el que hubiera recaído una resolución firme y de fondo. De tal suerte que el T.C. habría de revisar su doctrina en consonancia, por lo demás, con la doctrina del TEDH[63] y establecer el auténtico contenido de la prohibición del «*non bis in idem*», la cual debiera impedir la condena penal de un hecho y contra una misma persona que ya haya sido condenada en la vía administrativa, así como la imposibilidad de que pueda ser investigada por ese mismo hecho.

3.2.2. La exclusión de la prueba prohibida

La segunda innovación que merece también ser valorada muy positivamente consiste en la instauración de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucionalmente obtenida, que, en consonancia con la doctrina constitucional[64], efectúa el art. 13 del Ap./2013 y que fue ignorada por el Anteproyecto de 2011.

---

61. Compartida por las SSTS 380/2003, de 22 de diciembre; 833/2002, de 19 de enero y 2 de junio; y 52/2003, de 24 de febrero…

62. Tales preceptos consagran la prohibición del «*non bis in idem*» y la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa, obligando a la Administración a suspender el procedimiento sancionador cuando el hecho sea constitutivo de delito. Pero esta obligación es frecuentemente incumplida, tal y como lo demuestra la abundancia de recursos de amparo sobre la materia (*cfr.*: SSTC 2/1981, 77/1983, 66/1986, 159/1987, 154/1990, 234/1991, 279/1994, 204/1996, 177/1999, 152/2001, 2/2003…).

63. Pueden verse a este respecto mis artículos «Prejudicialidad administrativa y "non bis in idem" en el proceso penal», *Iustel*, número 1, Madrid, 2003 y «Cuestiones prejudiciales devolutivas y "non bis in idem" en el proceso penal», *La Ley*, número 5817, de 4 de julio de 2003.

64. *Cfr.*: SSTC 14/2001, de 29 de enero; 136/2000, 29 mayo; 8/2000, de 17 de enero; 161/1999, de 27 de septiembre; 94/1999, de 31 de mayo; 49/1999, de 5 de abril; 151/1998, 121/1998, 81/1998, de 2 de abril, 49/1999, de 5 de abril, F. 14; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 9, 166/1999, de 27 de septiembre , F. 4;

Ciertamente el referido precepto ha plasmado muy correctamente la vigente doctrina constitucional sobre la «conexión de antijuricidad»[65].

Pero debiera ser objeto de una mejor concreción lo dispuesto en su número 4º, en cuya virtud la constatación de la vulneración de un derecho fundamental puede ocasionar, en cualquier estadio procesal, la exclusión de «*las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas*», lo que podría dar lugar a injustificados sobreseimientos, sobre todo en delitos relacionados con la criminalidad organizada y la corrupción política, los cuales suelen ser investigados con el resultado de las intervenciones telefónicas. Dichas exclusiones debieran, en sede de investigación, circunscribirse a las infracciones más graves (así, por ej., las constitutivas de un delito de escuchas telefónicas ilegales o de confesión bajo tortura), sin que, en las demás, pudiera el M.F. entrar a determinar si la intervención de las comunicaciones judicialmente adoptada cumple con todos y cada uno de sus requisitos (motivación, necesidad, requisitos subjetivos, objetivos y temporales), facultad que, de serle reconocida al M.F., lo convertiría en un revisor de la autoridad judicial y le sustraería al órgano jurisdiccional una competencia que «*ex Constitutione*» exclusivamente a él le corresponde (*cfr.* arts. 18.3 y 53.2 C.E.).

3.3. El nacimiento del derecho de defensa

A diferencia del Anteproyecto de 2011, que conectaba el nacimiento del derecho de defensa con la detención o desde la primea comparecencia ante el M.F. del investigado (art. 37.3), el de 2013, al igual que la LECrim/1882, hace surgir el nacimiento del derecho de defensa con la imputación (arts. 7.1 y 8.1).

En lo que ambos textos pre-legislativos se manifiestan coincidentes es en la plena concesión del derecho de defensa al detenido, llegando a proponer, como novedad en nuestro ordenamiento, la entrevista del detenido con su Abogado con anterioridad a su primer interrogatorio policial (arts. 173.4.a Ap./2011, 168.2.a CPP/2013) o ante el M.F. (arts. 250.b Ap./2011, 263.1.b CPP/2013), tal y como se ha dicho, ha sancionado el nuevo art. 118.2.II introducido por la L. O. 5/2015.

171/1999, de 27 de septiembre, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4,167/2002, de 18 de septiembre, 66/2009, de 9 de marzo…

65. *Cfr.*: SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, F. 4; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4,167/2002, de 18 de septiembre, 66/2009, de 9 de marzo…

Pero el régimen de intervención efectiva del Abogado es distinto según la naturaleza de las actuaciones, con lo que se hace obligado distinguir los sucesivos estadios procesales.

3.3.1. En la detención

Tal y como se ha adelantado, en el Ap./2011, dentro del plazo de setenta y dos horas de la detención policial que establece el art. 17.2 C.E., la policía podía retener al detenido durante cuarenta y dos horas, poniéndolo a disposición del M.F. a quien tan sólo se le concederían veinticuatro horas para interrogarlo y decretar su puesta en libertad o su disposición a la autoridad judicial (art. 170.2).

En el Ap./2013, se invierten los términos, de tal suerte que la policía judicial tan sólo ostenta un plazo de veinticuatro horas, y el M.F. otro de cuarenta y ocho horas para practicar sus diligencias hasta completar el de setenta y dos establecido por la C.E.

En mi opinión, este nuevo régimen se manifiesta más acorde con la Constitución, si se repara en que, según dispone el art. 17.2 C.E., *«la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos…»* y dichas averiguaciones, en lo que al detenido se refiere, se plasman en dos diligencias policiales, su identificación y su interrogatorio, en tanto que, en el nuevo proceso penal, al convertirse el M.F. en el Director de la Investigación y Jefe de la policía judicial, la cual habrá de actuar con inmediación y bajo sus órdenes inmediatas (arts. 425.1 y 456), si hubiera que practicar el M.F. con el detenido otras diligencias distintas a las anteriormente mencionadas (por ej., un careo o una inspección o intervención corporal), debiera encontrarse ya a su disposición efectiva en las dependencias de la Fiscalía y no, en las de la Comisaría de Policía[66].

También resulta plausible la limitación a seis horas de la detención de indocumentados que, a diferencia del Ap./2011, contempla expresamente el art. 165.4 del Ap./2013.

Como innovación del Ap.2013 cabe destacar asimismo el «*derecho* (del detenido) *al conocimiento de las actuaciones mediante petición realizada al Fiscal, salvo que se declare el secreto*», derecho que, aunque parcialmente, ha sido

66. Solución que propugnamos en nuestro artículo «El régimen de intervención de las partes en el Anteproyecto de LECrim de 2011», *op. cit.*

reconocido, por el art. 520.2.d, en las actuaciones policiales («*d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad*»).

3.3.2. En la investigación del M.F.

A) La investigación preliminar y el inicialmente investigado

El Ap./2011 era plenamente respetuoso con el derecho de defensa del detenido, del sometido a una medida cautelar y de quien hubiera sido citado de comparecencia por el M.F. Quedaba, sin embargo, en la penumbra el «inicialmente investigado», cuando el M.F. no dispusiera «*en ese momento de elementos suficientes para dirigir la investigación contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial.*» (art. 463.1). En tal supuesto, dicho Anteproyecto preveía la realización, sin plazo alguno de conclusión, de una «*investigación preliminar*, en la que el M.F. la podía practicar con absoluta comodidad y a espaldas del Abogado defensor, quien habría de tomar conocimiento de las actuaciones cuando fuera identificado su patrocinado y, en último caso, al término de la investigación.

El Ap./2013 no ha previsto la realización de investigación preliminar alguna del M.F., sino tan sólo la práctica de una investigación principal en la que «*Desde que resulten de las actuaciones indicios contra a una persona…, el Ministerio Fiscal le citará a una primera comparecencia para comunicarle la imputación*» (art. 260.1).

Por tanto, a todo imputado en un atestado, denuncia o querella habrá de citar el M.F., en calidad de investigado, a quien habrá de comunicarle el hecho punible que se le atribuye e informarle de sus derechos (arts. 260 y 263), pudiendo, desde ese momento, su Abogado tomar conocimiento de las actuaciones practicadas (art. 135).

B) El secreto instructorio

Naturalmente, y al igual que el Ap./2011, la publicidad de la instrucción para el investigado, se encuentra exceptuada en caso de declaración por el Tribunal de garantías, del secreto de la investigación. Pero, a diferencia de dicho Anteproyecto, en el que dicha declaración no tenía limitación temporal alguna, el Ap./2013, establece un plazo común de 3 meses, susceptibles de una prórroga o de un máximo de 12 meses cuando se trate de criminalidad organizada (art. 138).

Por otra parte, los autos de declaración del secreto instructorio, en el Ap./2013, son recurribles en apelación (art. 137), separándose así también del régimen del Ap./2011 que prohibía la utilización de cualquier recurso (art. 487.2).

Loable resulta asimismo el art. 201.2 del nuevo texto que obliga al Tribunal de garantías a hacer constar, en su auto de adopción de medidas cautelares y, en especial de la prisión provisional, bajo régimen de secreto, «*…los elementos factuales suficientes para no generar indefensión en el encausado…*», prescripción que obligará a comunicar al investigado, al menos, una sucinta información de la imputación, distanciándose así del secretismo absoluto del Ap./2011(arts. 214.4, 226.5, 488.2), el cual podía conculcar gravemente los derechos fundamentales a la libertad y de defensa, así como la doctrina del TEDH sobre la materia[67].

C) Intervención de las comunicaciones

Mucho más respetuoso con este último derecho fundamental a la defensa resulta ser el Ap./2013 en todo lo referente a la duración de la intervención de las comunicaciones. Es cierto que ambos textos pre-legislativos coinciden en establecer un plazo ordinario de intervención de 3 meses; pero se diferencian sustancialmente en que, mientras que en el Ap./2011 podían dichas intervenciones, mediante sucesivas prórrogas, alcanzar una duración indefinida (art. 283), el Ap./2013 limita en cualquier caso su duración a 1 año (art. 302).

De lo expuesto una primera conclusión deviene ineludible: en todo lo referente al nacimiento del derecho de defensa el Ap./2013 se manifiesta muy superior al Ap.2011, por cuanto, mientras que en este último texto la intervención del defensor devenía necesaria a partir de la primera comparecencia del investigado ante el M.F. (arts. 37.3 y 464.1 y 2), en el nuevo, le asiste a todo investigado, incluso al denunciado o querellado en términos similares al establecido por el vigente art. 118 LECrim.

D) La capacidad de postulación

A la misma conclusión cabe alcanzar en todo lo referente a la capacidad de postulación del Abogado defensor. Frente a la restrictiva redacción del art. 472 Ap./2011, conforme a la cual «*el investigado, por sí o a través del abogado designado para su defensa, podrá participar en la práctica de todos aquellos actos de investigación en los que esta ley expresamente prevea su intervención…*», lo que tan sólo acontecía con su interrogatorio policial y fiscal, el art. 7.2 del Ap./2013 ha invertido radicalmente sus términos: «*El derecho de defensa faculta al encausado a conocer las actuaciones, formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas, intervenir en su práctica y en los demás actos procesales en los que la Ley no excluya su presencia e impugnar las resoluciones desfavorables*».

---

67. STEDH, de 30 de marzo de 1989, caso «Lamy», contra Bélgica, SSTC 18/1999 y 12/2007…

De este modo, el Abogado defensor, no sólo ha de estar presente en el interrogatorio de su patrocinado (art. 260.4.b), sino que también ha de estarlo en el reconocimiento en rueda (art. 275.1); en la apertura de correspondencia (art. 317.1); en la diligencia de entrada y registro de una persona detenida (art. 340.4) y, si no lo estuviere, podrá presenciarlo personalmente (art. 340.3); está autorizado a estar presente en las inspecciones e intervenciones corporales (arts. 281 y s.s.); en la incautación de archivos informáticos (arts. 347 y s.s.); en la recogida del cuerpo del delito (art. 356) e inspección ocular (art. 360); puede asistir a las declaraciones testificales y careos (art. 376), recusar peritos (art. 395), proponer un perito cuando el objeto sea irrepetible (art. 397), presentar un dictamen pericial (art. 402.1) e intervenir en el examen (art. 401), etc.

Como puede observarse, la capacidad de postulación del Abogado defensor es muy superior a la contemplada en el Ap./2011. Con todo, debiera perfeccionarse el régimen de intervención necesaria del Abogado en los actos de prueba preconstituída. En diligencias, tales como el registro domiciliario, recogida del cuerpo del delito, inspección ocular[68], debiera estar garantizada la posibilidad de contradicción.

E) El derecho a una instrucción sin dilaciones indebidas

Del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se ocupa el art. 16 del Ap./2013. Pero, teniendo en cuenta que, en el proceso penal, la fuente de las dilaciones sucede en la instrucción, tanto el A.p./2011, como el de 2013 sancionaron el sistema de plazos a la investigación con el control del tribunal de garantías.

El régimen, sin embargo de este sistema de plazos es distinto en ambos Anteproyectos. En el de 2011, dicho plazo de conclusión de la investigación era de doce meses, excepción hecha de la Fiscalía de la A.N. o de las especializadas, en cuyo caso este plazo se ampliaba a dieciocho meses (art. 481.1), susceptibles de una sola prórroga, pero con la peculiaridad de que el «*dies a quo*» había de computarse, no desde el inicio de la investigación del M.F., sino desde la citación de comparecencia del investigado, la cual venía a convertirse en una suerte de auto de procesamiento, que, de ser retardado (en el caso de imputado no detenido y no identificado), permitía burlar aquellos plazos.

El Ap./2013 ha reducido dicho plazo común a seis meses; pero, si se tratara de una investigación compleja, que el número 3º del art. 127 precisa (criminalidad organizada, pluralidad de hechos punibles, delitos masa, etc.), dicho plazo se

68. El art. 435 posibilita la práctica por el Tribunal de garantías del reconocimiento judicial como prueba anticipada.

extiende hasta dieciocho meses, susceptibles ambos de una sola prórroga. Para su cómputo el «*dies a quo*» se sitúa, no desde la fecha del interrogatorio del imputado, sino desde la del decreto de apertura de la investigación.

Como puede observarse, el sistema de plazos del nuevo texto es mucho mejor que el anterior y, de aquí que haya recibido su confirmación legislativa por obra de la L. 41/2015 que ha modificado sustancialmente el arcano art. 324 LECrim.

F) Los recursos en la investigación

Con una redacción similar a la del art. 432 del Ap./2011, que, como se ha examinado, establece el régimen de intervención del Abogado en las diligencias que practique el M.F., el art. 492 de dicho texto de 2011 venía a disponer también que «*los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley.*» Sucedía, sin embargo que no existía, a lo largo toda la investigación, preliminar y principal, decreto alguno del M.F. susceptible de recurso devolutivo.

El art. 128.1 del Ap./2013 establece, por el contrario, que «*son impugnables los decretos del Ministerio Fiscal en los que se acuerden o denieguen medidas de investigación o de recogida instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba, los que acuerden o denieguen tener por parte a quienes pretendan intervenir como tales en las Diligencias de Investigación y los restantes decretos cuya impugnación esté expresamente autorizada por la Ley*». Impugnación que el texto autoriza en el incidente de nulidad por condena en rebeldía (art. 54.6.c), en la denegación de la conformidad (art. 115.2), en la declaración judicial de secreto (art. 137), en la adopción de medidas cautelares personales (art. 201) y reales (art. 201), etc. En todos estos supuestos, se autoriza una impugnación devolutiva que la parte interesada habrá de plantear ante el tribunal de garantías.

3.4. La defensa en el juicio oral

A diferencia de lo dispuesto en el art. 502.c Ap./2011, que permitía incluir como testimonio para el expediente del juicio oral «*los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación*» y que permitía la entrada en el juicio oral de la práctica totalidad de los actos de investigación del M.F., la exhaustiva relación del art. 430.1, tan solo posibilita la incorporación de los supuestos de prueba preconstituída y anticipada, lo que nos parece muy plausible.

Y la misma calificación ha de merecer la declaración del acusado, que tan sólo sucederá a instancia de la defensa y al término de los demás medios de prueba, innovación que el art. 448 Ap./2013 ha copiado del art. 567.5 Ap./2011.

Como novedad, sin embargo, del Ap.2013 cabe destacar la negativa a valorar como prueba el ejercicio del derecho al silencio del acusado (art. 448.5). Dicha prohibición ha sido sancionada por el art 7.5 de la Directiva 2016/342 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 («*El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate.*»).

Por el contrario, nos parece censurable que, en caso de contradicción de la declaración del acusado en el juicio oral y la efectuada en la instrucción, pueda ser esta última reproducida, aunque tan sólo suceda para formar el tribunal un juicio acerca de su credibilidad (art. 449.3 Ap./2013). El art. 592 Ap./2011 únicamente preveía dicha posibilidad para las contradicciones de los testigos y no la del acusado, la cual se encontraba excluida por el art. 593.

Y lo mismo cabe afirmar con respecto a las contradicciones de los testigos. En tanto que el art. 592.3 Ap./2011 les negaba valor probatorio fuera del referido criterio de credibilidad, el art. 456 faculta al tribunal a «*formar su convicción mediante la valoración conjunta de las declaraciones del testigo*».

3.5. Los recursos ordinarios: la apelación

A diferencia del Ap./2011, que, desde una interpretación gramatical del derecho a los recursos del condenado, tan sólo le confería a él un auténtico recurso de apelación contra la sentencia, debiendo las partes acusadoras interponer exclusivamente recurso extraordinario por infracción de Ley procesal o material (arts. 625 y 629), el Ap./2013 mantiene el régimen de nuestro recuso de apelación, pero con cuatro especialidades: a) se acumula el remedio de reforma con el recurso de apelación (art. 582.2); b) el motivo de error en la valoración de la prueba es más amplio, si lo interpone la defensa que la acusación (art. 592.1 y 2); c) únicamente pueden proponer prueba el condenado y el M.F., estándole vedado a los acusadores particulares dicha proposición y d) se autoriza el visionado de la grabación del juicio oral a fin de que el Tribunal «*ad quem*» pueda valorar las pruebas de carácter personal, lo que debiera conllevar la revisión de la doctrina constitucional sobre la inmediación en la segunda instancia[69].

69. De conformidad con la doctrina plasmada en las SSTC 2/2010, de 11 de enero, 30/2010, de 17 de mayo y 128/2012, no se puede condenar en segunda instancia, mediante una revisión de la valoración de los hechos, a

También el nuevo Anteproyecto garantiza, al igual que reflejaba el Ap./20211 y de conformidad con la doctrina del TEDH[70], el derecho a la última palabra del condenado.

En mi opinión esta nueva regulación se manifiesta más acorde con el derecho fundamental a la tutela de las víctimas y con nuestro régimen de acumulación de la acción civil al proceso penal, ya que, de haber sido aprobado en este extremo el Ap./2011, la acción civil se resolvería en un proceso de instancia única.

3.6. El recurso de casación

A diferencia del Ap.2011 que pretendía la instauración de un recurso de casación «*por unificación de doctrina*» (art. 642), el art. 605 del Ap./2013 parece querer instaurar nuestra clásica casación por infracción de Ley material y por quebrantamiento de forma. Pero no está nada claro, porque, después de admitir, en su número 1º, la casación por infracción de precepto constitucional, en su número 2º, establece que también procederá por «*infracción de cualquier norma jurídica sustantiva que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*». Sin duda debe tratarse de una errata, porque no alcanzamos a entender cómo la vulneración de una norma «sustantiva» puede ser necesaria para la aplicación de la «Ley penal» (i).

No contempla, sin embargo, el derecho del condenado (establecido por la jurisprudencia, tanto del TEDH,[71] como del T.C.[72]) a la última palabra en la casación, ni la determinación de los supuestos en los que debiera disponerse una

---

quien fue absuelto en la primera y no fue oído personalmente por el Tribunal de Apelación. Por tanto, en tal supuesto, no se puede, ni siquiera con el visionado del DVD, condenar a nadie que haya sido absuelto en la primera instancia. *Cfr.*: nuestro artículo «El nuevo recurso de apelación ante el T.S.J y A.N.», V, *Revista de Derecho Procesal*, 2016.

70. SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia, 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, 21 de septiembre de 2010, Marcos Barrios c. España, 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España…

71. SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia, 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, 21 de septiembre de 2010, Marcos Barrios c. España, 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España.«(...) *la condena (del acusado) en apelación por la Audiencia Provincial después de una modificación en la apreciación de los hechos litigiosos y otros elementos, sin que (el acusado) haya tenido la ocasión de ser oído personalmente y de contestar mediante un examen contradictorio en el curso de una audiencia pública, no es conforme con las exigencias de un proceso justo, tal y como lo garantiza el art. 6.1 de la Convención*». (STEDH Marcos Barrios c. España, *op. cit.*, § 41, idéntica doctrina contiene la STEDH 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España § 49; de 16 de septiembre de 2014 —caso Fodor c. Rumanía—, de 25 de octubre de 2016 —Caso ARPS C/CROACIA).

72. SSTC 22/2013, de 31 de enero, 13/2006, de 16 de enero, 258/2007, de 18 de diciembre, 93/2005, de 18 de abril; SSTS 669/2006, de 14 junio, 9 de junio de 2003…

vista pública, con lo que mucho nos tememos que, al igual como acontece en la actualidad, las vistas en casación desaparecerán en la práctica forense.

4. Conclusión

Aunque la valoración que debieran merecer, tanto el Anteproyecto de 2011, como el de 2013 es altamente positiva, forzoso se hace reconocer que, en todo lo referente al fortalecimiento del derecho de defensa, el borrador de Anteproyecto de 2013 es muy superior al de 2011, ya que este último texto pre-legislativo configura una investigación del M.F. manifiestamente inquisitiva en el que, de ser refrendado por el legislador, la investigación preliminar del M.F. podría realizarse a espaldas del Abogado defensor y, en cuanto a la principal, se hace obligado señalar que la capacidad de postulación del Abogado es prácticamente inexistente, por lo que, de haber sido convertido en Ley en tales términos, hubiera convertido al M.F. más que en un Director de la investigación, en un dueño absoluto de ella. Por ello, sería conveniente estimular el diálogo entre todas las fuerzas parlamentarias a fin de que, a través de las correspondientes modificaciones, pudieran ensamblarse ambos textos pre-legislativos y obtener como resultado el anhelado nuevo Código Procesal Penal de nuestra actual democracia.

El derecho de defensa tras las reformas de 2015

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

1. Las numerosas reformas procesales de 2015

Como es sabido, durante el año 2015, a raíz de las numerosas y sucesivas reformas parciales de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudimos asistir al nacimiento de lo que algunos denominamos un *nuevo* proceso penal[1]. En efecto, la todavía vigente[2] Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, fue modificada en siete ocasiones durante el año 2015, a través de las siguientes leyes:

— Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[3].
— Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito[4].
— Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales

1. *Vid.* ampliamente al respecto el volumen publicado con ocasión de las I Jornadas en Memoria del Profesor Serra Domínguez, dirig. por Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, recopilatorio de las principales contribuciones efectuadas a las Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez, celebradas en la Universidad de Barcelona los días 26 y 27 de noviembre de 2015, y que tuve el honor de dirigir, por encargo expreso de los Patronos de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, y, en particular, mi trabajo, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015», pp. 19-35.

2. Aunque reformada en multitud de ocasiones, a fecha de hoy sigue, como es sabido, vigente la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

3. Publicada en el BOE de 31 de marzo de 2015.

4. Publicada en el BOE de 27 de abril de 2015.

y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales[5].

— Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia[6].
— Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria[7].
— Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica[8].
— Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales[9].

Sin duda, las dos últimas reformas citadas fueron las de más hondo calado. Llegados al final de la X Legislatura sin haberse alcanzado el consenso necesario para aprobar el nuevo Código Procesal Penal, el legislador creyó conveniente *anticipar* ya algunas de las proyectadas reformas, modificando al efecto la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así lo explicitaba el legislador en los coincidentes preámbulos de la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, justificando la decisión en los siguientes idénticos términos: «*La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometida a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal*».

Valorar pues hoy el fortalecimiento del derecho de defensa es sustancialmente valorar las reformas introducidas por la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, ambas aprobadas para *el fortalecimiento de las garantías procesales*[10]. Sin embargo, en la medida en que, como el legislador reconocía expre-

5. Publicada en el BOE de 28 de abril de 2015.
6. Publicada en el BOE de 29 de julio de 2015.
7. Publicada en el BOE de 22 de septiembre de 2015.
8. Publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015.
9. Publicada asimismo en el BOE de 6 de octubre de 2015.
10. Expresión contenida en el título de ambas leyes reformadoras.

samente, las reformas operadas no eran sino un *parcheo* provisional de la vieja ley a la espera del futuro *Código Procesal Penal*, valorar la reforma procesal de 2015 se traduce así en valorar un variado abanico de reformas contenido en siete leyes distintas todas ellas reformadoras[11] de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal[12]. No es objeto de este trabajo acometer un estudio pormenorizado de dichas reformas[13], sino, sólo, si transcurridos ya casi dos años desde su entrada en vigor, el derecho de defensa ha resultado fortalecido, o no, en méritos de las reformas de 2015[14].

2. El fortalecimiento del derecho de defensa

De entre las diversas reformas acometidas en 2015, es difícil deslindar cuáles tenían por expreso objeto fortalecer el derecho de defensa. En principio, debería pensarse que cualquier reforma procesal debe tender a dicha finalidad. Sin embargo, dos, y sólo dos, de las siete leyes reformadoras de 2015 —concretamente, las dos últimas—, tenían por expreso objetivo enunciado en su propio título el *fortalecimiento de las garantías procesales*[15]. Ello no obstante, si observamos el concreto contenido de las sucesivas reformas, parece claro que no todas las modificaciones contenidas en las dos últimas citadas Leyes tenían por objeto tal fortalecimiento de garantías[16]. Por el contrario, aunque las restantes leyes refor-

---

11. Principal o tangencialmente.

12. Y cabe aún añadir que, como es sabido, durante 2015 se reformaron asimismo otras distintas leyes procesales penales. *Vid.* más ampliamente, mi citado trabajo, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015», *op. cit.*, pp. 24-27.

13. Existen diversas obras generales que tienen por objeto analizar las reformas de 2015, entre las que cabe destacar Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N., *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015; Jaen Vallejo, M.: Perrino Pérez, Á. L., *La Reforma Procesal Penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015; y Muerza Esparza, J., *Las Reformas Procesales Penales de 2015: Nuevas Medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. Entre los manuales universitarios adaptados a las reformas de 2015, cabe asimismo destacar los de Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2015; Asencio Mellado, J. M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Madrid, 2015, y, del mismo autor, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015; Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxebarria Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; y Tomé García, J. A., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Colex Editorial Constitución y Leyes, 2016. Igualmente interesante la colección de trabajos de diversos autores publicados en el libro colectivo, dirig. por Nieva Fenoll, J. y Bujosa Vadell, L., *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

14. No haremos pues especial referencia a la muy defectuosa técnica legislativa de las reformas de 2015 sobre el particular *vid.*, mi citado trabajo Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «El nuevo proceso penal: Valoración crítica de las reformas procesales de 2015», *op. cit.*, pp. 24-27.

15. Las ya citadas Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

16. Así, por ejemplo, las distintas medidas tendentes a la agilización de la justicia penal contenidas en la Ley 41/2015 (recuérdese que introducir medidas de agilización del proceso era uno de los expresos objetivos de dicha ley),

madoras no tuvieran ese explicitado objetivo, parece asimismo obvio que alguna de las modificaciones introducidas sí tenía ese inequívoco objetivo[17].

Por otra parte, el fortalecimiento del derecho de defensa, como garantía basal que es del proceso penal, no depende de una puntual modificación legislativa y/o de la regulación de una concreta institución sino del conjunto mismo. Las normas procesales, sabido es, son como un mecanismo de relojería en el que cada pieza depende del funcionamiento coordinado del completo sistema. Y, a mayor abundamiento, ese correcto funcionamiento depende no sólo de la mayor o menor calidad de la regulación legal, sino, especialmente, de su efectiva regulación práctica.

Como siempre enfatizaba el malogrado Profesor SERRA DOMÍNGUEZ, el correcto funcionamiento del proceso no depende sólo, ni principalmente, de la mayor o menor calidad de las regulaciones legales, sino, especialmente, de su efectiva aplicación práctica[18].

Para analizar si el derecho de defensa se halla hoy mejor o peor que antes de las reformas de 2015 no deberemos pues atender exclusivamente[19] al mayor o menor acierto de las reformas legales, sino a cómo se están implementando en la práctica. Y para ello, no podemos olvidar las múltiples y seculares carencias que padece nuestra administración de justicia. Carencias difícilmente sanadas con reformas legales, máxime cuando, como se recordará, la Disposición Adicional Única de la Ley 41/2015 preveía expresamente que «*las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal*».

El análisis que se propone no pretende por tanto valorar la corrección de las últimas reformas legales, ni siquiera si su implementación puede valorarse de forma satisfactoria, sino efectuar unas necesariamente breves reflexiones sobre el estado actual del derecho de defensa en nuestro proceso penal, teniendo para ello en cuenta no sólo aquello que se reformó en 2015 sino también otras distintas cuestiones o materias que no fueron objeto de reforma.

---

como la no remisión de atestados sin autor conocido o la regulación del denominado proceso por aceptación de decreto.

17. Así, por ejemplo, y de forma inequívoca, la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

18. Esta era, en efecto, una idea nuclear en el análisis crítico del malogrado Profesor SERRA DOMÍNGUEZ ante cualquier reforma procesal.

19. Y, quizás, ni siquiera principalmente.

3. Algunas breves y puntuales reflexiones sobre el estado actual del derecho de defensa en nuestro proceso penal

Valorar el estado del derecho de defensa no es obviamente labor fácil. Se ha dicho, con acierto, que el funcionamiento del sistema procesal penal es el termómetro del real nivel de democracia de una sociedad. Sin embargo, no existen aquí parámetros objetivos y mesurables que permitan establecer certeramente el exacto grado en que se halla un concreto —en este caso, el nuestro— sistema procesal penal. Además, la percepción de cualquier observador será siempre, por esencia, necesariamente subjetiva.

Las ideas que a continuación se exponen no aspiran por tanto a ser plenamente objetivas, ni completas. No pretenden ser objetivas, por cuanto, como se ha dicho, se basan en percepciones personales y por ende necesariamente subjetivas. Y no pretenden tampoco llevar a cabo un completo análisis del estado de derecho de defensa en la aplicación práctica de nuestro proceso penal[20], sino, sólo, efectuar algunas breves reflexiones sobre algunas puntuales cuestiones nucleares[21].

3.1. El juicio de imputación

Es conocida la reflexión de San Agustín, oportunamente destacada por Carnelutti[22], de que el proceso penal es en sí mismo una pena[23].

La sumisión de un sujeto al proceso penal no es, en efecto, inocua, pues conlleva *per se ipsa* graves consecuencias aflictivas. Resulta por ello de capital importancia reforzar las garantías del juicio de imputación. Sin embargo, nuestro sistema no es suficientemente garantista al respecto.

Fruto probablemente de un incorrecto entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de los eventuales ofendidos por el delito, nuestro actual sistema se conforma con la simple constatación formal de la mera *verosimilitud* del *factum* narrado y su *relevancia* penal. Ello permite que en nuestro país se impute con demasiada facilidad sin que el sistema de recursos sea un eficaz remedio al respecto.

El problema se agrava aún más por mor de dos circunstancias concomitantes. Por un lado, la falta de regulación de la figura del *testigo asistido* que en la

20. Ambicioso objetivo que rebasaría con creces el modesto objetivo de este breve trabajo.

21. Las seleccionadas no son obviamente las únicas ni quizás acaso las más relevantes, pero si son, sin duda, algunas de las cuestiones más relevantes del sistema procesal penal.

22. En su célebre obra Las miserias del proceso penal.

23. Una tortura según los autores citados.

práctica comporta que, para no *perjudicar* la instrucción, acaba con frecuencia imputándose a aquél que simplemente *pasaba por allí.*

Y, por otro, en nuestra práctica procesal penal la *desimputación* resulta demasiado excepcional. La ausencia en el prototípico proceso abreviado de una figura similar al auto de procesamiento e incluso la perversión automaticista de éste en el proceso ordinario, produce como pernicioso efecto que, con demasiada frecuencia, deba esperarse al auto de transformación para perder una condición de imputado que jamás debió haberse adquirido.

3.2. La duración del proceso

Si, como bien hemos afirmado, el proceso penal es en sí mismo una pena, cuanto menos dure éste, menos se afligirá al encausado. Desde este punto de vista, la reforma del artículo 324 LECrim, operada en 2015, debe valorarse muy positivamente. Sin embargo, la excesiva indefinición de la ambigua redacción legal provoca que sea demasiado fácil eludir los límites temporales ordinarios.

De hecho, como ya denuncié en otro lugar[24], parece más que discutible que la limitación de los plazos de instrucción fueron una reforma que precisaba ser afrontada de inmediato[25], antes incluso de la aprobación del nuevo Código Procesal Penal, máxime cuando, como hemos visto, la reforma no iba acompañada de dotación presupuestaria de ningún tipo. La experiencia en la implementación de la reforma ha demostrado su rotundo fracaso práctico, en ocasiones cerrando prematuramente instrucciones no completadas y, en otras ocasiones, acudiendo con demasiada ligereza a los mecanismos de prórroga legalmente previstos.

Acortar la duración de la instrucción es sin duda una medida positiva desde la óptica del derecho de defensa, pero su efectiva implementación no puede producirse por simple arte de magia solo porque la ley prevea un plazo más corto. Como es obvio, el éxito de la medida requería incidir en una mejor organización *orgánica* de la instrucción, cosa que indefectiblemente requiere, entre otras cosas, la efectiva dotación de mayores medios materiales, humanos y técnicos[26].

---

24. *Vid.* mi citado trabajo Alonso-Cuevillas Sayrol, J., Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015», *op. cit.*, pp. 31-32.

25. Como así justificaba el preámbulo de la Ley 41/2015.

26. *Vid.* ampliamente al respecto mi trabajo Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora*, Bosch, Barcelona, 2015, en especial pp. 149-182.

3.3. El axioma de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es, fuera de toda duda, garantía basal del propio derecho de defensa. Como tal, debe presidir la actuación de los tribunales no sólo en el momento de emitir el *juicio jurisdiccional*, sino durante todo el transcurso del proceso.

Cabe en general afirmar que hoy en día el valor axiomático de la presunción de inocencia es satisfactoriamente respetado por la inmensa mayoría de jueces y tribunales. Son factores claves de dicha situación la garantista doctrina emanada del Tribunal Constitucional así como la formación también garantista de nuestros tribunales. Mucho se ha avanzado al respecto desde que el Profesor Vázquez Sotelo elaborara su célebre y celebrada monografía[27], si bien, obviamente, siempre cabe una nueva *lectura constitucional*[28] todavía más garantista y, por ende, más respetuosa aún con la presunción de inocencia.

Sin embargo, puertas afuera del *iter procedimental*, la presunción de inocencia también cumple una importante función valorativa. Como cualquier jurista sabe, el *imputado* no puede ser en ningún caso considerado culpable sino hasta la existencia de una sentencia firme condenatoria. Ello no obstante, con demasiada frecuencia, la *opinión pública* y la *opinión publicada* ignoran tan elemental postulado, produciéndose la llamada *pena de telediario*, conforme a la cual los imputados son de *facto* considerados no como *aun inocentes*, sino como *aun no culpables.* También con demasiada frecuencia, el uso del adjetivo *presunto* adquiere así un marcado carácter peyorativo, lejos por tanto[29] de su correcta significación jurídica.

El legislador de 2015 pecó de un párvulo exceso de ingenuidad al pretender que un simple cambio de *nomen iuris* corregiría ese perverso estado de cosas. De entrada, el nuevo *nomen iuris, investigado*, resulta equívoco al generar confusión entre las investigaciones judiciales y las policiales. Pero, en cualquier caso, resulta ingenuo pensar que si *imputado* comportaba una carga peyorativa el nuevo término *investigado* iba a dejar de comportarla. *Imputado* es además un *nomen iuris* de gran arraigo en nuestra doctrina procesal[30].

---

27. Vázquez Sotelo, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

28. Este es el subtítulo recuérdese de las sucesivas ediciones del manual del Profesor Ramos Méndez. Así, por ejemplo, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016.

29. De hecho, opuesto.

30. *Vid.* al respecto, y per omnia, el insuperable trabajo del recordado Profesor Serra Domínguez, «El imputado», en *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 673-698.

Como es sabido, en la práctica, los medios de comunicación suelen referirse a cualquier encausado con la nueva expresión *investigado*, pero apostillando seguidamente la aclaración «antes imputado», es decir, que se trata simplemente de la nueva denominación legal de la idéntica situación procesal.

Hemos pues perdido una denominación hasta hoy clara y con fuerte arraigo en nuestra terminología procesal para introducir un nuevo *nomen*, en primer lugar confuso, por cuanto no abarca, como el antiguo término, la completa condición del sujeto imputado[31] durante todo el proceso penal[32], y, en segundo lugar, absolutamente *ineficiente* para enfatizar puertas afuera el correcto significado de la presunción de inocencia.

Remarcar públicamente que cualquier imputado sigue siendo inocente hasta su eventual condena firme requiere, esencialmente, pedagogía[33]. Un simple cambio de denominación legal no puede luchar eficazmente contra las erróneas creencias de la ciudadanía, recogidas en el acervo cultural popular con refranes seculares como «*cuando el río suena, agua lleva*».

3.4. La dignidad de la detención

El artículo 520 de la LECrim fue sucesivamente reformado primero mediante la Ley Orgánica 5/2015 y después mediante la Ley Orgánica 13/2015. La redacción hoy vigente enfatiza que la detención y la prisión deberán practicarse no solo en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación o patrimonio, sino velando asimismo por sus derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen.

La precisión resulta tan obvia que su plasmación en el texto de la ley puede resultar incluso chocante. Parece pues obvio que la nueva redacción tiene una pretensión más pedagógica que estrictamente normativa. Sin embargo, debemos repetir nuevamente que una simple previsión legal, aun cuando siempre conveniente, resulta insuficiente para cambiar determinados hábitos de comportamiento.

---

31. Es decir, del sujeto pasivo del proceso penal desde su inicio —o, desde la adquisición formal de la condición procesal de imputado— y hasta su completa finalización —por finalización del mismo proceso o por pérdida de la citada condición procesal—.

32. Sino, solo durante la fase de instrucción.

33. El sistema educativo español carece por completo de una mínima formación ciudadana en materia jurídica y, especialmente, en materia judicial. Según el Eurobarómetro de la justicia de la Unión Europea el 74% de los ciudadanos españoles manifiesta tener un conocimiento bajo (14%) o muy bajo (58%) del sistema judicial. *Vid.*, Comisión Europea, Flash Eurobarometer 385. Justice in the UE, noviembre 2013, así como en mi citado trabajo ALONSO-CUEVILLAS, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora*, Bosch, Barcelona, 2015, pp.180-181.

A nadie se le escapa que con antelación a dicha reforma legislativa, todos pudimos contemplar imágenes televisivas de *ilustres* detenidos, conducidos en condiciones poco respetuosas con su dignidad y sus derechos constitucionales al honor, la intimidad y la propia imagen.

Desde este punto de vista, la nueva expresa previsión normativa debe ser saludada positivamente. Sin embargo, como antes se ha dicho, la simple letra de la ley resulta *per se* insuficiente para erradicar hábitos incorrectos[34], especialmente si el incumplimiento no comporta consecuencias de ningún tipo.

3.5. Los supuestos de colisión con derechos fundamentales

Una de las reformas *estrella* de la vorágine legislativa de 2015, tuvo por objeto regular las hoy imprescindibles medidas de investigación tecnológica, cohonestando dicha novedosa regulación con el establecimiento de unos principios rectores claramente garantistas, o *fortalecedores* de las garantías procesales.

La nueva regulación debe pues ser, en líneas generales, valorada de forma positiva. Cabe sin embargo señalar algunas sombras de la nueva regulación.

Así, en primer lugar, no resulta comprensible que el establecimiento de los garantistas principios rectores de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, expresamente enunciados en el nuevo artículo 588 *bis*.a LECrim, se prediquen sólo respecto de las medidas de investigación tecnológica, en lugar de extenderse, como hubiera sido deseable a cualquier medida de investigación limitativa de derechos. Desde el punto de vista sistemático, parece claro que la nueva regulación debería comprender también las diligencias de entrada y registro y detención y apertura de la correspondencia. Para ello, hubiera resultado suficiente con situar los nuevos preceptos al inicio del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pese a la incomprensible torpeza legislativa, cabe afirmar que, en líneas generales, la práctica procesal ha entendido correctamente el espíritu de la reforma.

Por otra parte, como ya denuncié en otro lugar[35], resultan asimismo cuestionables las demasiado vagas excepciones previstas a la imperiosa necesidad de la previa autorización judicial para proceder a llevar a cabo las medidas de in-

---

34. Es de justicia reconocer que los hábitos y prácticas policiales han mejorado ostensiblemente en las últimas décadas. Sin embargo, desgraciadamente, malas praxis, como las antes apuntadas, no han sido algún completamente erradicadas.

35. *Vid.* nuevamente al respecto mi ya citado trabajo, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015», *op. cit.*, pp. 29-30.

vestigación tecnológica en algunos supuestos[36]. Cierto es que, en todos los casos, la excepción se circunscribe a casos de urgencia[37], pero, por principio, la limitación de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, debería quedar exclusivamente confiada a la autoridad jurisdiccional. Cabe al efecto recordar que el artículo 18.3 de la Constitución Española establece expresamente que «*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*», sin que en ningún caso se contemplen otras excepciones por razones de urgencia o gravedad de las conductas investigadas[38]. Además, algunas de las nuevas previsiones legislativas, como la contenida en el artículo 588 *ter*, letra d, apartado 3 LECrim que parte de la premisa de presuponer que la Secretaría de Estado de Seguridad será siempre más ágil o fiable que la autoridad judicial para luchar contra el terrorismo, supone una desconfianza hacia los jueces impropia de la legislación de un Estado de Derecho. En estos casi dos años de aplicación, la reforma ha sido útil para luchar contra las nuevas formas de delincuencia, pero la regulación conlleva riesgos que la jurisprudencia debería limitar de conformidad con los principios constitucionales que deben inspiran cualquier lectura de las normas procesales penales.

Para acabar con las valoraciones críticas en este terreno, conviene asimismo hacer mención a la demasiado laxa regulación del hallazgo o descubrimiento casual contenida en los artículos 579 *bis* y 588 *bis*, letra i, LECrim. Si hasta ahora la jurisprudencia se había debatido entre primar la protección a los derechos constitucionales a la intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones cuando en el marco de una concreta investigación se producían hallazgos ajenos al objeto de la investigación y dar sólo excepcionalmente validez al hallazgo ponderando las concretas circunstancias de los hechos casualmente descubiertos[39], la nueva regulación parece aceptar con demasiada

---

36. Por ejemplo, en los arts. 588 ter.d.3, 588 quinquies.b.3, o 588 sexies.c.4 LECrim.

37. Por cierto, con distintos requisitos en cada caso. Así, que se refiera a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, sólo se exige en el art. 588 ter.d, respecto de las intervenciones telefónicas y telemáticas, pero no en los restantes casos.

38. Véanse no obstante las interesantes argumentaciones contenidas en la muy reciente STS de 10 de marzo de 2016 (Stcia. 204/2016, Ponente Sr. Conde-Pumpido), especialmente Fundamentos de Derecho 12º a 15º. Aunque los hechos enjuiciados eran anteriores a la reforma, la Sentencia aplica los principios en ella contenidos —pues, como la propia Sentencia recuerda, constituyen la proclamación normativa de unos principios generales que tanto el Tribunal Constitucional como la propia Sala Segunda ya habían definido—, y casa la Sentencia al no apreciar justificadas las razones de urgencia que podrán haber en su caso justificado el registro de teléfonos móviles por parte de la policía sin haber solicitado ni obtenido la correspondiente autorización judicial.

39. Proporcionalidad, conexidad, gravedad, flagrancia. etc. El debate es ciertamente complejo. Al respecto pueden verse, *per omnia*, los estudios de Rifà Soler, J. M., «Entrada y registro en lugar cerrado», en Abel Lluch, X. y Richard González, M. (Dirs.), *Estudios sobre prueba penal volumen III: Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 115-121, y Planchadell Gargallo, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

amplitud el descubrimiento casual, primando pues la eficacia investigadora a cualquier otra consideración de carácter garantista con los derechos fundamentales. La nueva regulación debe pues ser valorada en este punto de forma negativa, sin que la aplicación práctica efectuada durante estos dos últimos años haya corregido la regresiva nueva regulación legal. El derecho de defensa ha quedado aquí perjudicado.

3.6. El juicio de acusación

Cuanto antes se decía respecto del juicio de imputación[40], puede ser ahora reproducido respecto de los posteriores filtros del proceso penal. Con demasiada frecuencia, especialmente en el prototípico procedimiento abreviado, la secuencia entre el cierre de la investigación mediante la transformación del procedimiento y la posterior apertura del juicio oral, está aquejada de un excesivo automatismo. El juez instructor cierra la investigación y consecuentemente, salvo que proceda al sobreseimiento, debe dictar el auto de transformación en proceso abreviado. Y, muy poco después, será el mismo juez instructor quien abrirá juicio oral a la vista del previo escrito de acusación ajustado a su antecedente auto de transformación. No resulta por tanto suficientemente garantista que quien primero delimitó el ámbito objetivo y subjetivo sobre el que podría formularse acusación sea el propio órgano que seguidamente dé viabilidad procesal a esa acusación por él previamente preconfigurada.

Por otra parte, si bien es cierto que, a diferencia del auto de apertura de juicio oral, el de transformación del procedimiento sí es recurrible, la práctica procesal nos demuestra que las posibilidades de éxito del recurso son ciertamente escasas.

Y, si bien también es cierto que la apertura de juicio oral en modo alguno no condiciona lo que después suceda en el plenario, si, como antes decíamos el proceso penal es una pena en sí mismo, la *pena de banquillo* que comporta la apertura de juicio oral, es una aflicción que debería ser evitada si no resulta completamente justificada.

3.7. El sistema de recursos

La reforma del sistema de recursos operada en 2015 y, en particular, la instauración generalizada de la segunda instancia, es, sin duda, una de las novedades más positivas del *nuevo* proceso penal de 2015.

---

40. *Vid.* anterior subepígrafe, letra a.

Como es sabido, la casación, recurso hasta entonces único previsto contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales[41] habida cuenta de su carácter de recurso extraordinario, no aseguraba suficientemente el derecho de defensa ni, por descontado, el derecho a la doble instancia[42]. Así las cosas, la previsión contenida en el nuevo artículo 846 *ter*.2 LECrim de prever el recurso de apelación como medio impugnatorio general para la mayoría de las sentencias[43] debe valorarse positivamente.

Lo mismo cabe decir respecto de la expresa prohibición de la *reformatio in peius* contemplada en el reformado artículo 792.2 LECrim; decretar la anulación de la previa sentencia absolutoria o condenatoria con devolución de la causa al órgano sentenciador es, por descontado, mucho más respetuoso con el derecho de defensa y en particular con el derecho a la doble instancia penal.

E igualmente positivo debe estimarse el permitir el acceso a la casación, aunque limitada a la infracción de ley, a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal[44], ya que, de esta manera, el Alto Tribunal puede hoy también pronunciarse sobre múltiples cuestiones que antes tenían vedado el acceso a la casación[45]. Sin embargo, debe lamentarse que la reforma no solucionara la específica problemática de los aforados a quién no se reconoce ese esencial derecho a una segunda instancia *plena.*

Es por ello de lamentar que no se haya aprovechado la oportunidad para implementar también la doble instancia en las causas contra aforados, juzgadas por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Finalmente, debemos valorar también positivamente la introducción de dos nuevos motivos de revisión en el artículo 954 LECrim.

---

41. Y, es decir, Tribunales Superiores de Justicia y Sala Penal de la Audiencia Nacional.

42. Como bien es sabido, el Estado español ha sido reprendido en múltiples ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por incumplimiento de lo previsto en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del cual «*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*». En el mismo sentido, *vid.* Muerza Esparza, J., *Las reformas procesales penales de 2015*, *op. cit.*, pp. 79-83.

43. Es decir, las dictadas por los Juzgados de lo Penal, las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional.

44. O Juzgados Centrales de lo Penal, previa apelación en ambos casos, ante la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional, respectivamente, conforme se desprende de la regulación contenida en el reformado art. 847.1.a).2º LECrim.

45. La reforma ha arrojado ya resultados de gran importancia práctica respecto del entendimiento de instituciones, materiales y procesales, tradicionalmente vedadas a la casación.

En primer lugar, se introduce la revisión de una sentencia firme de decomiso autónomo[46], cuando exista contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia penal firme que se dicte. Es decir, cuando la ulterior sentencia penal recaída en el procedimiento principal no considerara acreditado el hecho delictivo que justificó el decomiso[47].

En segundo y último lugar, la reforma del recurso de revisión de una resolución judicial firme para dar respuesta a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus Protocolos era una necesidad inaplazable, mereciendo por tanto una valoración igualmente positiva[48].

Recuérdese que dicha revisión sólo podrá solicitarse en el plazo de un año por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3.8. Otras medidas de agilización de la justicia penal[49]

La reforma de las reglas de conexidad[50] merece asimismo una valoración positiva ya que, además de positivizar los principales criterios jurisprudenciales, al introducir una mucho mayor flexibilidad y arbitrariedad judicial, permitirá en el futuro evitar la inconveniente excesiva complejidad de los denominados macroprocesos y evitar las dilaciones hasta hoy derivadas de la acumulación de procesos iniciados separadamente.

E igualmente positiva es la valoración general que merece el nuevo proceso de aceptación por decreto o procedimiento monitorio penal regulado en los nuevos artículos 803 bis, letras a) a j). El procedimiento monitorio ha dado buenos resultados en otros ordenamientos como el italiano o francés y, *mutatis mutandi*, ha sido también beneficiosa su implantación en el proceso civil español. Aún cuando su regulación positiva no ha estado exenta de críticas[51] y es ob-

---

46. Proceso nuevo de decomiso introducido a raíz de la Directiva 2014/UE42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

47. Artículo 954.2 LECrim.

48. Art. 954.3 LECrim.

49. *Vid.* al respecto mi citado trabajo, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015», *op. cit.*, pp. 33-34.

50. Arts. 16-18 LECrim.

51. Así, por ejemplo, Muerza Esparza, J., *Las reformas procesales penales de 2015*, *op. cit.*, pp. 108-110, tras poner de relieve que la regulación guardaba coherencia con el Anteproyecto de Código Procesal Penal, que atribuía la instrucción al Ministerio Fiscal y potenciaba el principio de oportunidad, acaba concluyendo (p. 110) que «*la existencia*

viamente mejorable, el nuevo proceso monitorio penal que permite alcanzar conformidades durante la fase instructora, a buen seguro redundará asimismo en agilizar nuestra colapsada justicia penal.

Merece también una valoración positiva la introducción por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico —gracias a la entrada en vigor de la nueva LO 13/2015— de la posibilidad de utilizar el resultado obtenido de una intervención telefónica en un procedimiento distinto, regulación exigida desde hace años por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que nos brinda por lo tanto una mayor seguridad jurídica al respecto.

Por último pero no menos importante, cabe mencionar que tras la LO 13/2015, de 5 de octubre, se han ampliado los derechos del imputado en el art. 118 LECrim, aunque la reforma es más formal que real. Entre las novedades encontramos la exigencia de que la información de sus derechos se le facilite en un lenguaje comprensible y accesible; el derecho a entrevistarse separadamente con su Abogado y el derecho al secreto reforzado de las comunicaciones entre el imputado y su Abogado.

4. A modo de conclusión final

A la espera de la aprobación del nuevo Código Procesal Penal, puede afirmarse que el *nuevo* proceso penal, tras las reformas de 2015, es, en líneas generales, más respetuosa con el derecho de defensa, como ha podido constatarse a través de las breves y puntuales reflexiones que preceden.

Como se avanzó más arriba, podrían sin duda haberse abordado otros muchos aspectos esenciales del proceso penal, en la medida en que una constitucional visión garantista del derecho de defensa debe impregnar todas las instituciones que comporten el sistema.

---

de este proceso por aceptación de decreto, choca frontalmente con la concepción del proceso penal vigente», o, en similares términos, Santos Martínez, A., «El proceso por aceptación de decreto», en el volumen colectivo dirig. por Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, *op. cit.*, quien estima que con este procedimiento «*la instrucción del delito plantea un problema doctrinal que cuestiona la constitucionalidad de la opción del legislador, por cuanto dictará sentencia el mismo Juez que ha instruido el delito*». Respecto a su nautraleza jurídica, estima Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 713, que en realidad «n*o nos encontramos ante un proceso penal monitorio, el cual requiere, en el Derecho comparado, la emisión por el Juez de una orden penal en la que se concreta la sanción, que si no es impugnada, deviende firme*», tratándose más bien de un «*proceso especial*» que «*puede finalizar por una sentencia de conformidad*».

Conscientemente, se han dejado empero al margen dos importantes y polémicas cuestiones cuyo complejo tratamiento reservo para otra ocasión, limitándome ahora a enunciarlas.

Por un lado, el sistema no garantiza la suficiente imparcialidad del tribunal cuando la causa afecta a cargos políticos. Como reiteradamente ha denunciado el Consejo de Europa, el sistema de designación de los presidentes de las Audiencias provinciales y de los integrantes de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, se halla contaminado por el carácter discrecional de los nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial[52].

Por otra parte, aunque ciertamente relacionado con lo anterior, confiar la instrucción de los procesos penales al Ministerio Fiscal, como pretenden los diversos borradores y proyectos de nuevo Código Procesal Penal, se estima altamente peligroso dada la notoria proximidad entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno de turno[53].

---

52. Véase al respecto el reciente informe del GRECO (Group of States against Corruption), publicado el 10 de octubre de 2016, cuya Recomendación VI dice: «*33. GRECO recomienda que sean establecidos por ley los criterios objetivos y requisitos de avaluación para el nombramiento de los rangos más altos del Poder Judicial, es decir, los Presidentes de las Audiencias Provinciales y los Jueces de los Tribunales superiores de Justicia, de la Corte Nacional y del Tribunal Supremo, con el fin de garantir que estos nombramientos no pongan en cuestión la independencia, la imparcialidad y la transparencia de este proceso*».
Dicho informe puede consultarse en línea en el siguiente link: rm.coe.int/16806ca04a.
Aunque, como se explica en el párrafo 34 del Informe GRECO 2016, las autoridades españolas reiteran que los nombramientos se basen en el principio de mérito y que pueden ser revisados ante la Jurisdicción contenciosa-administrativa, el GRECO concluye (párrafo 36) que su Recomendación VI no ha estado efectivamente implementada.
La denuncia que realiza el GRECO sobre las deficiencias de la normativa que disciplina la elección de los magistrados llamados a formar parte de los Tribunales Superiores de Justicia no es nueva. Efectivamente, por medio del informe de avaluación aprobado durante la 62ava sesión plenaria celebrada en Estrasburgo entre el 2 y el 6 de diciembre de 2013, este organismo ya puso de manifiesto las graves carencias de un cuerpo normativo que, más allá de garantir la objetividad del criterio de selección, se mostraba permeable a razones del todo alienas a las de merito o capacidad, en singular alusión a las de naturaleza política o ideológica.
Tal y como se expone en el propio Informe GRECO 2016, la acogida de esta deficiencia que fue inicialmente advertida en el año 2013 fue sencillamente nula. De esta manera se ha perpetuado una forma de proceder que permite situar todavía a los órganos judiciales más sensibles a los magistrados que, a ojos del elector, devienen más oportunos para resolver un determinado conflicto.
Resulta especialmente significativo al respecto que, como recuerda el propio Informe GRECO 2016 (párrafo 35) en un estudio hecho por el propio Consejo General del Poder Judicial Español entre Jueces de carrera, un 67% de los encuestados era de la opinión que el criterio de mérito y competencia no era seguido en los nombramientos hechos por el CGPJ a los niveles judiciales superiores.
Además, el propio GRECO recuerda (párrafo 31 del Informe) que la percepción de la independencia judicial a España ocupa el puesto 25 de los 28 países de la UE (2015 EU Justice Scoreboard) y el puesto 97 de 144 al informe del World Economic Forum (The Global Competitiveeness Report 2013-2014).

53. Recientes acontecimientos de gran notoriedad confirman los temores aquí apuntados. Recuérdese, a modo de ejemplo, la convulsa sustitución del Fiscal General del Estado, su reprobación por el Congreso de los Diputados, o las polémicas instrucciones cursadas a los fiscales que pretendían investigar al entonces presidente de la Región de Murcia.

Quedan pues enunciadas las dos complejas y polémicas reflexiones. Añádase asimismo que el éxito de cualquier futura reforma requerirá inexorablemente venir acompañado de una radical mejora organizativa de nuestro sistema judicial. No se trata solo de dedicar más recursos de todo tipo a nuestro sistema judicial, en este caso penal, sino también de aplicar mucho mejor los siempre escasos recursos disponibles[54].

El fortalecimiento del derecho de defensa en el futuro código requerirá sin duda una profunda reflexión sobre todos estos aspectos.

54. Véase nuevamente al respecto mi ya citado trabajo, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora*, Bosch, Barcelona, 2015, en especial pp. 149-181.

Derechos procesales de la defensa: catálogo de mínimos

Lidón Montón García
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

Si relacionamos Unión Europea y derechos fundamentales automáticamente proyectamos en nuestro pensamiento múltiples y contradictorios conceptos tales como emigración, solidaridad, bienestar, retroceso, revitalización, diversidad, integración, huida, libertad, paz, respeto, identidad.

Este conglomerado de términos podríamos resumirlos de forma muy simplista y aventurada en una idea: aproximar las diferencias existentes entre viejos y nuevos europeos para crear un clima de tolerancia en el que todos podamos convivir disfrutando de los mismos derechos y garantías en un mismo espacio territorial.

Como bien es sabido, la Unión Europea, que se basa en el Estado de Derecho, se asienta sobre cuatro pilares fundamentales: el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), ambos firmados en Roma, el 25 de marzo de 1957 y, por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000). Tras el malogrado ensayo de Constitución Europea, se completa con el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde 2009, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, concediendo valor jurídico de tratado a la Carta, haciéndola legalmente vinculante para todos los países de la Unión.

La puesta en marcha del denominado «Espacio de libertad, seguridad y justicia» parte del Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con una doble finalidad: por un lado, garantizar la libre circulación de personas y,

por otro, ofrecer un alto nivel de protección a los ciudadanos. El Tratado de Lisboa introduce mayor efectividad, responsabilidad y legitimidad en el espacio europeo.

Para lograrlo, el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales fijaron distintas agendas de trabajo que tienen su reflejo en tres Programas fundamentales: el de Tampere[1] (1999-2004), el de La Haya[2] (2004-2009) y el de Estocolmo (2010-2014).

A nivel normativo, la política económica en la Unión Europea parece que está bien encaminada, así como la política exterior y de seguridad. Respecto a la política interior y de Justicia, se encuentra el legislador con la cada vez más compleja problemática de la delincuencia organizada y la inmigración ilegal; para combatirlo debe regular los derechos y libertades de tal manera que queden perfectamente garantizados y que sean sancionados en caso de incumplimiento o transgresión… compleja tarea aunar las diversas idiosincrasias de los Estados de la Unión.

El Programa Estocolmo, bajo el lema «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», se centra en los intereses y necesidades de los ciudadanos, incluyendo acciones en materia de derechos fundamentales, justicia civil, justicia penal[3], derechos de los consumidores y ciudadanía, así como asilo, inmigración y gestión de fronteras.

2. Planteamiento

Cuando en el ámbito del Derecho Procesal hablamos de las garantías de los justiciables nos referimos al principio genérico de la prohibición de indefensión como negación del derecho a defenderse en el proceso. Y decimos genérico,

---

1. Se trata de un monográfico sobre el tema de los principios como la política de asilo e inmigración de la Unión Europea; la creación de un auténtico espacio europeo de justicia; la lucha contra la criminalidad organizada y una acción exterior más firme.

2. Tras los terribles atentados del 11-S de 2.001 y del 11-M de 2.004 y de todos los que lamentablemente les han seguido, azotando a los países de UE (Niza, París, Marsella, Barcelona…), la preocupación aumenta ante la desestabilización del espacio de libertad, seguridad y justicia. De esta manera, en el ámbito de la libertad se analizan con mayor detenimiento los temas de asilo e inmigración con un control de fronteras y visados más férreo; en materia de seguridad, crece la inquietud en el ámbito del terrorismo y del crimen organizado abundando en una mayor cooperación policial entre Estados; y, por último, en materia de justicia se lleva a cabo una puesta en marcha de la cooperación judicial para agilizar el reconocimiento de las sentencias dictadas por los tribunales de los Estados miembros, en el ánimo de conseguir una mutua fiabilidad.

3. Se refuerza el derecho a un juicio justo en la Unión Europea, se obliga a que los Estados miembros proporcionen un servicio de interpretación y traducción de documentos y a garantizar el derecho a la información de personas sospechosas o acusadas de la comisión de un ilícito penal.

porque como sabemos, la indefensión no es un derecho en sí mismo, sino que aglutina las llamadas garantías procesales constitucionalizadas que se proyectan en tres direcciones: ejercicio de la función jurisdiccional, proceso y posición de las partes en el proceso.

Así, las garantías referidas a la función jurisdiccional se refieren al derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley; las garantías que afectan al proceso hacen alusión al derecho a un proceso justo, público y sin dilaciones indebidas; y, finalmente, las garantías sobre la posición de las partes en el proceso se plasman en el derecho a la igualdad, el derecho de audiencia y el derecho de defensa.

Este último, el derecho de defensa, reúne a su vez, varios derechos más concretos como el derecho de asistencia letrada, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia.

La vulneración de cualquiera de los derechos mencionados provocaría indefensión al quebrantarse el derecho fundamental de todas las personas a «obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», recogido en el art. 24.1º CE, dando origen al correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

De esta manera, el Consejo de la Unión Europea en su plan de trabajo ha ido adoptando algunas medidas para reforzar los derechos procesales de los sospechosos y acusados.

En los últimos siete años se han aprobado seis directivas relativas a estas garantías de sospechosos e imputados en un proceso penal. La Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, sobre derecho de interpretación y traducción en los procesos penales; la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales; y la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre derecho a la asistencia letrada en los procesos penales.

Y durante el año 2016 se han publicado tres Directivas más, consolidando las garantías procesales de los sospechosos y acusados de cometer un ilícito penal en aras de reforzar el Estado de Derecho, tal como establecen los Dictámenes de la FRA[4] en su Informe sobre los derechos fundamentales de 2017.

---

4. Informe de la FRA (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), en el décimo aniversario de su creación, que reflexiona sobre los avances reales y futuros desafías que en materia de derechos fundamentales deben ir plasmándose en la legislación interna de los distintos Estados miembros.

Así, la Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo, refuerza en el proceso penal la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; la Directiva 2016/800/UE, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; y, por último, la Directiva 2016/1919/UE, de 26 de octubre, sobre asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

Con toda esta fecunda normativa, vamos realizar un repaso, siquiera somero, del catálogo de mínimos respecto a los derechos de la defensa de un sospechoso o acusado en la tramitación de un proceso penal.

3. Los derechos de la defensa

El artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales está dedicado en su totalidad al acusado, refiriéndose a la presunción de inocencia y a los derechos de la defensa[5]. Su apartado segundo recoge los derechos de la defensa planteando qué debe entenderse por acusado y cuáles son esos derechos en concreto.

El 30 de noviembre de 2009 el Consejo de Europa aprobó un Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales[6]. El Considerando 10 de la Resolución del Consejo establece que

5. Coincidente con los apartados 2 y 3 del art. 6 del CEDH.

6. Anexo al Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales. El orden en el que se mencionan los derechos en el presente plan de trabajo es orientativo. Conviene destacar que las explicaciones que figuran a continuación sólo tienen por objeto dar una indicación de la acción propuesta y no tienen por objetivo reglamentar por adelantado el alcance y el contenido precisos de las medidas correspondientes.
Medida A: Traducción e interpretación. Breve explicación: Tanto los sospechosos como los acusados han de poder entender lo que está ocurriendo y también hacerse entender. Un sospechoso o acusado que no hable o entienda el idioma utilizado en el proceso necesitará un intérprete, así como la traducción de los documentos procesales fundamentales. Debe prestarse también una atención particular a las necesidades de los sospechosos o acusados con limitaciones auditivas.
Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos. Breve explicación: Una persona que sea sospechosa o que esté acusada de un delito ha de recibir información verbal o, cuando proceda, por escrito sobre sus derechos fundamentales, por ejemplo, mediante una carta de derechos. Además, la persona debería poder recibir información inmediatamente sobre la índole y el motivo de la acusación. Una persona que haya sido acusada debería tener derecho, en tiempo oportuno, a toda la información necesaria para la preparación de su defensa, quedando entendido que ello no deberá perjudicar el buen desarrollo del proceso penal.
Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita. Breve explicación: Para el sospechoso o acusado en el marco de un proceso judicial, el derecho a asesoramiento jurídico (a través de un abogado) en la fase adecuada más temprana del proceso es fundamental para preservar la equidad del mismo; el derecho a asistencia jurídica gratuita debe garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho a asesoramiento jurídico.
Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares. Breve explicación: Todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad será informado, sin demora, de que tiene derecho de avisar al menos a una persona, por ejemplo a un familiar o al empleador, de su privación de libertad,

«*en el ámbito de la cooperación judicial y policial se han realizado grandes progresos en lo que se refiere a las medidas encaminadas a facilitar el enjuiciamiento. Ha llegado ahora el momento de actuar para conseguir un mayor equilibrio entre estas medidas y la protección de los derechos procesales de cada persona. Deben llevarse a cabo esfuerzos para reforzar las garantías procesales y el respeto del Estado de Derecho en el marco de los procesos penales, independientemente del lugar al que los ciudadanos hayan decidido viajar o en el que deseen estudiar, trabajar o vivir, dentro de la Unión Europea*».

Dicho esto, analizamos a continuación las medidas que se han ido implantando hasta el día de hoy.

3.1. Denominación de la parte pasiva del proceso penal

La utilización del término «acusado» puede resultar equívoca, dado que en nuestro derecho interno, acusado es un sujeto contra el que se dirigen las actuaciones en el proceso penal, pero que discurre por distintas fases procesales, no existiendo un término que pueda comprenderlas a todas.

Así, nuestra LECrim se refiere al acusado de diferentes maneras: detenido, sospechoso, inculpado, presunto culpable, imputado, encartado, procesado, acusado, condenado, reo y, recientemente, investigado.

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se produce un cambio terminológico de tal manera que se llamará imputado a la persona que esté siendo objeto de una fase de investigación y encausado cuando finalizada la instrucción sea imputada formalmente. Dejando de utilizar el sustantivo «imputado» pretende terminarse con la imposición social de la «letra escarlata», «pena de telediario» o «pena de banquillo».

---

quedando entendido que ello no deberá perjudicar el buen desarrollo del proceso penal. Además, todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad en un Estado distinto del Estado del que sea nacional será informado de que tiene derecho a advertir a las autoridades consulares competentes de su privación de libertad.
Medida E: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables. Breve explicación: Con el fin de garantizar la equidad procesal, es importante que se preste una atención particular a los sospechosos o acusados que no puedan comprender o seguir el contenido o el sentido del proceso debido, por ejemplo, a su edad o a su condición mental o física.
Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional. Breve explicación: El lapso de tiempo que una persona puede pasar en situación de privación de libertad antes del juicio y durante el procedimiento judicial varía considerablemente de un Estado miembro a otro. Un período excesivamente prolongado de privación de libertad previa al juicio es perjudicial para la persona, puede tener un efecto negativo para la cooperación judicial entre los Estados miembros y no representa los valores que defiende la Unión Europea. Las medidas adecuadas a este respecto deben estudiarse en un Libro Verde.

En todo caso, creemos que la expresión «acusado» debe entenderse de forma amplia, porque los derechos de defensa deben surgir cuando se imputa un hecho delictivo a una persona; es decir, desde el momento en que una persona es considerada sospechosa[7].

3.2. Los derechos de defensa

3.2.1. Derecho a la interpretación y traducción

Se regula mediante la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales.

Debería haberse transpuesto antes del 27 de octubre de 2013, aunque finalmente el legislador español lo ha hecho mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que establece en su artículo 1 las modificaciones que deben realizarse tanto en la LECrim como en la LOPJ[8].

Una de las novedades de esta Directiva es que se anticipan los efectos de los derechos de quien presuntamente haya cometido un delito sin necesidad de ser responsable formal, ni siquiera presunto responsable; es decir, se le está concediendo la consideración de futura parte pasiva a la espera de la posible incoación de la fase de investigación penal.

Se hará uso de intérpretes o traductores en caso de que el sospechoso o acusado desconozca la lengua en la que se desarrolle el proceso penal[9].

---

7. Debería incluirse no sólo a la parte pasiva del proceso penal, sino a la parte activa, tales como el Ministerio Fiscal, acusador particular, popular y privado; además de a todas aquellas partes de otros procesos que no tengan naturaleza penal, incluyendo los procesos sancionadores.

8. La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, modifica el art. 231.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, además del Título V del Libro 1 y los arts. 118, 302, 416, 505, 520 y 775. Añade asimismo los Capítulos I y II al Título V del Libro 1 y los arts. 123 a 127 a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

9. En referencia tanto a tanto a la lengua oficial, el castellano, como a la lengua cooficial legalmente reconocida de la Comunidad Autónoma en la que se esté llevando a cabo el proceso penal. Las interpretaciones de palabra o en lengua de signos podrán documentarse a través de una grabación audiovisual o por escrito si a juicio del tribunal son prescindibles. La Ley 27/2007, de 23 de octubre, que reconoce las lenguas de signos españolas y regula los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, establece en su art. 12.2º que en «*la Administración de Justicia y Penitenciaria se promoverán las condiciones adecuadas, tales como formación y disponibilidad de servicios de intérprete de lengua de signos española y/o en las lenguas de signos propias de las comunidades autónomas si las hubiera, para hacer efectiva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en los procesos que se rigen por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas*», y el art. 21.2º concreta que, «*en relación con la Administración de Justicia, se promoverán las condiciones adecuadas, tales como formación y disponibilidad de medios de apoyo a la comunicación oral, para hacer efectiva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en los procesos que se rigen por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas*».

Para una mejor preparación de su defensa, deberán interpretarse y traducirse aquellos documentos que permitan una comunicación fluida entre el sospechoso y su abogado, así como las resoluciones judiciales necesarias para que el sospechoso o acusado de un ilícito penal tenga conocimiento de los cargos que se le imputan. Documentos todos ellos a los que se les concede la consideración de esenciales para la defensa del sospechoso o acusado, pudiendo prescindirse de la interpretación o traducción de partes «no esenciales» o, incluso, sustituyendo esa traducción o interpretación por un resumen oral en una lengua que comprenda y garantice su defensa. El sospechoso o imputado podrá solicitar al tribunal la consideración de un documento como crucial.

Todas las conversaciones mantenidas entre el intérprete y el traductor con el sospechoso o acusado son confidenciales a los efectos judiciales.

Con carácter general y a diferencia de lo que ocurría hasta el momento exigiendo la presencia física del intérprete o traductor salvo imposibilidad justificada, estos profesionales podrán asistir al sospecho o acusado mediante videoconferencia o medio de telecomunicación similar. Existe una tendencia generalizada a utilizar las videoconferencias gracias a una gradual evolución de las telecomunicaciones logrando que los procesos sean más rápidos pero siempre protegiendo las garantías procesales de los implicados.

Con independencia del resultado condenatorio o absolutorio del proceso penal, los gastos de las interpretaciones y traducciones realizadas deberán ser sufragados por la Administración, tal como establece la Directiva.

Tanto los tribunales como el Ministerio Fiscal deberán velar por las garantías de exactitud de las interpretaciones o traducciones que se realicen; en caso contrario, procederán a designar un nuevo intérprete o traductor.

Pese a la transposición, a día de hoy existen algunas lagunas en su aplicación práctica respecto a la inexistente dotación presupuestaria que debería llevar aparejada la puesta en marcha de la directiva para poder invertir en personal y medios técnicos imprescindibles para darle cumplimiento real; además de la creación de un Registro Oficial de Traductores e Intérpretes Judiciales del que, por el momento, no hay rastro y que impide darle contenido efectivo al art. 124 de la LECrim.

3.2.2. Derecho a ser informado de la acusación

Regulada por la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

transpuesta mediante el art. 2 de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril que modifica los artículos 118, 302, 505.3º, 520.2º, 3º y 5º —introduciendo un nuevo apartado 2 bis— y el art. 775 de la LECrim.

El art. 6.3º del CEDH y el art. 48.2º de la Carta hacen referencia al derecho a ser informado de la acusación en un plazo breve, en una lengua compresible y detalladamente. La Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, en su art. 6 es clara al respecto, pues el contenido del derecho a la información sobre la acusación en un proceso penal debe trasladarse a aquella persona a la que la autoridad de un Estado miembro le ha comunicado que es sospechosa, o la acusa de haber cometido una infracción penal; derecho que ha de prolongarse hasta que el proceso concluya con una sentencia condenatoria o absolutoria, incluyendo también los posibles recursos que se pudieran interponer. De no ser así, la defensa sería ineficaz.

Analicemos las ideas básicas: brevedad en la transmisión de la información, contenido de la información y forma de hacerlo.

Respecto a la rapidez, establece el CEDH que la información debe trasladarse al acusado en el plazo más breve posible, a riesgo de provocar indefensión. El momento en que debe ser informado de la acusación para que sea útil y eficaz su defensa depende de si ha habido una detención o no. Así, detenido el sujeto, el CEDH utiliza la expresión «*en el más breve plazo*», es decir, parece que descarta la inmediatez, mientras que nuestro Derecho interno exige informar de forma inmediata y comprensible a todo detenido de sus derechos y motivos de la detención (art. 17.3º CE y art. 520.2º LECrim). La Directiva 2012 también se refiere a la prontitud en la información de los derechos procesales, sin exigir que sea inmediata.

De no haber procedido a su detención, el TEDH exige que se informe en tiempo útil y oportuno para que el imputado pueda conocer el contenido de la acusación y así poder defenderse ante el tribunal. La Directiva 2012 hace referencia a la prontitud en la transmisión y con el grado de detalle necesario y, a más tardar, antes del primer interrogatorio oficial de la persona sospechosa o acusada por parte de la policía o autoridad competente. Es decir, se informará, no desde que se dicte auto de procesamiento, sino desde la admisión de la denuncia o querella o desde la adopción de la medida cautelar adecuada como la detención o la prisión provisional, por ejemplo.

El contenido de la información en un primer momento, esto es, sin detención, supone hacerle saber al sospechoso cuáles los hechos que tienen carácter delictivo, sin ser necesaria su calificación jurídica, pues cuando se presenta una denuncia o una querella no se exige determinar el delito ni la pena.

Cuestión distinta es que, avanzada la investigación y habiendo indicios racionales de criminalidad, en el escrito de acusación o de calificaciones provisionales deban indicarse los hechos imputados, su calificación jurídica, la pena solicitada y el grado de participación del acusado como autor, cómplice, encubridor, etc.

Debe garantizarse el acceso a los materiales del expediente con la antelación suficiente para preparar su defensa, conjugándolo con el secreto del sumario respecto a documentos, fotografías o grabaciones de audio o vídeo.

Respecto a la forma en que debe transmitirse la información, el CEDH en su artículo 6.3º habla del derecho a ser informado «*en lengua que comprenda y detalladamente*», no dice si verbalmente o por escrito, pues esto depende de la regulación de cada proceso y del momento en que se encuentre, tal como señala la jurisprudencia del nuestro Tribunal Constitucional. También habrá que tener en cuenta la edad del investigado, su capacidad y grado de madurez.

La Directiva 2012 determina que la transmisión deberá ser verbal en el momento de la detención y posteriormente se realizará por escrito. Se exige «*en lengua comprensible*», sin tecnicismos; es decir, en un lenguaje sencillo para personas sin conocimientos jurídicos. En caso contrario, vendría a ser como si la información no se hubiera proporcionado.

En palabras del TEDH el término «*detallada*» supone «*que la información suministrada ha de ser precisa y concreta, considerando que una información excesivamente genérica, imprecisa o que no contenga una descripción circunstanciada de los elementos esenciales de la acusación, puede afectar al contenido del derecho a ser informado y a la efectividad de la defensa*».

El derecho a ser informado de la acusación puede verse limitado en la fase de instrucción si se declara el secreto de sumario cuando los delitos sean públicos, tal como establece el art. 302 de la LECrim[10].

Sin embargo, aplicando el principio de proporcionalidad y, sobre todo, el principio de contradicción, para que no se vulnere este derecho de información y, por tanto, no se provoque indefensión, deben observarse dos condiciones: una, que esté justificado razonablemente, de manera que la declaración de secreto de sumario sea imprescindible para averiguar la verdad; y, dos, que una

10. Art. 302 LECrim: «*Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes* (…) *El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario* (…)».

vez cumplida la finalidad del secreto sumarial[11], las partes puedan alegar y probar, es decir, que no se trataría de una imposibilidad absoluta del conocimiento de lo actuado en fase de instrucción hasta el juicio oral, sino que se pospondría el conocimiento de las actuaciones para poder intervenir después alegando y probando, lo que garantizaría el derecho de defensa.

3.2.3. Derecho a la asistencia letrada

Se regula por la Directiva 2013/48/UE, sobre la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Transpuesta por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre[12], de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que es asimismo complementada por dos Directivas publicadas en 2016: la Directiva 2016/800, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales y la Directiva 2016/1919, de 26 de octubre, sobre asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

Como novedades a tener en cuenta a nivel interno se contempla la posibilidad de mantener una entrevista reservada entre el sospechoso o acusado y su abogado previa al interrogatorio policial.

3.2.4. Derecho a la presunción de inocencia y a estar presente en el juicio

Regulada por la Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Plazo de transposición fijado el 1 de abril de 2018.

Respecto al derecho a la presunción de inocencia la directiva pretende proteger a los sospechosos o acusados de posibles declaraciones públicas considerándo-

---

11. La declaración de secreto de sumario debe concretar las circunstancias que lo justifiquen, por ejemplo, para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona, o para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

12. Deroga los arts. 387 y 395; modifica los arts. 118, 282 bis, 509, 520, 527, 967, la rúbrica del Título VIII del Libro II al que adiciona los Capítulos I a X; y añade los arts. 520 ter y 579 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

los culpables o exhibiciones que rallen en un posible trato inhumano o degradante hasta que la culpabilidad quede probada mediante una resolución judicial condenatoria firme.

Entre los derechos que contiene la Directiva 2012/13/UE de los que deben ser informados los sospechosos o acusados ha de incluirse el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.

La presunción de inocencia sólo se rompe cuando consiga probarse legalmente la culpabilidad del sospechoso o acusado en los hechos punibles. Otra forma de obtención de pruebas debe ser objeto de recurso aunque la propia directiva no lo mencione expresamente.

En referencia al derecho a estar presente en el juicio establece la directiva 2016/343/UE la posibilidad de celebrar el juicio oral sin el acusado siempre y cuando se cumplan los derechos de audiencia, contradicción y defensa[13].

3.2.5. Derechos de menores sospechosos o acusados

La Directiva 2016/800/UE, de 11 de mayo, es la relativa a las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

Su plazo de transposición es el 11 de junio de 2019.

Trata esta Directiva de los derechos de defensa aplicados a personas vulnerables, en concreto, a los menores de edad. El primer escollo que nos encontramos es fijar la mayoría de edad penal para poder exigir responsabilidad en la comisión de ilícitos penales por menores de edad. Se ha determinado con carácter general la edad de 18 años sin cumplirse[14] en el momento de cometer el delito o como consecuencia de una orden europea de detención.

Partiendo del absoluto respeto al interés superior del menor, las garantías procesales mínimas que han de observarse para estos sospechosos o acusados son la comprensión del proceso penal, el derecho a un proceso justo, prevenir su reincidencia y fomentar la reinserción social.

---

13. Es posible celebrar un juicio penal en ausencia del acusado siempre condicionado a informar de la fecha y lugar de celebración, del ejercicio del derecho de defensa por un abogado y de la posibilidad de recurrir en caso de infringirse estos derechos para poder revocar la resolución y celebrarse un nuevo juicio con la presencia del acusado y la garantía del cumplimiento del resto de derechos de defensa como el derecho a un juicio justo, pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, derecho a guardar silencia, o el cumplimiento de los presupuestos para la admisibilidad de la prueba en los distintos ordenamientos internos de los Estados miembros.

14. Si el menor sospechoso o acusado cumple los 18 años durante el proceso se mantienen las garantías como si fuese menor de edad hasta los 21.

Además la directiva recoge una serie de derechos concretos que precisarán las modificaciones oportunas de la Ley 5/2000 y de la Ley 147/2000: informar al menor y a quien ejerza su patria potestad de su situación procesal, asistencia letrada —incluyendo la gratuita—, evaluación individual, reconocimiento médico, grabación de los interrogatorios policiales, limitación en la privación de libertad y revisión periódica, tramitación ágil, estar presente y participar siempre acompañado por quien le tutele y proteger la vida privada del menor.

3.2.6. Asistencia jurídica gratuita a sospechosos y acusados

Finalmente, la Directiva 2016/1919/UE, de 26 de octubre, sobre asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de extradición.

Se fija su plazo de transposición en el 25 de mayo de 2019.

Esta directiva de 2016 complementa la Directiva 2013/48/UE de asistencia letrada para garantizar que la falta de recursos económicos de los sospechosos o acusados de la comisión de un delito no impida ejercer su derecho de defensa.

Los Estados miembros sufragarán los costes de la defensa siempre que la denominada «*evaluación de mérito*» sea favorable; es decir, que la transparencia haya sido el hilo conductor de la evaluación de los recursos económicos del solicitante del derecho a la justicia gratuita.

Deberá establecerse un sistema de evaluación de los recursos económicos del interesado, habrá que reformar la Ley de asistencia jurídica gratuita para establecer las condiciones en las que debe prestarse el servicio gratuito por el letrado, así como los requisitos de formación del abogado que revierte en la calidad del servicio de defensa prestado que deberá controlarse por el Estado.

4. Conclusiones

La evolución legislativa en materia de derechos fundamentales del acusado, entendido en sentido genérico, para conseguir una Europa abierta y segura y que sirva y proteja al ciudadano arranca con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 como pilar de la justicia en su sentido más amplio, cuyo contenido es regulado posteriormente mediante el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

Con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y la proclamación de la Carta de Derechos Humanos se crea el llamado «Espacio de libertad, seguridad y justicia» como garante de la libre circulación de personas y de la protección a los ciudadanos de la Unión Europea.

Para lograrlo, se van consolidando los textos legislativos de la Unión Europea sobre derechos fundamentales a través de los distintos Tratados y se ponen en marcha los diferentes programas de trabajo que se traducen en las Directivas dictadas por el Parlamento y por el Consejo que deben cumplir los Estados miembros adoptando las medidas necesarias para adaptar su contenido al derecho interno mediante las correspondientes transposiciones.

Sin embargo y haciendo nuestras las conclusiones del Informe anual de 2016 sobre Control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea[15], se advierte que el «*gran número de procedimientos de infracción, que en 2016 alcanzó su nivel más alto en los últimos cinco años, sigue siendo muy preocupante. La falta de transposición correcta y oportuna de la legislación de la UE priva a los ciudadanos y empresas de las ventajas derivadas del Derecho de la UE. La Comisión concede una gran importancia a la aplicación eficaz del Derecho. La UE y los Estados miembros comparten la misión de velar por la aplicación, la ejecución y el cumplimiento de la legislación de la UE. La Comisión continuará prestando a los Estados miembros el apoyo y la asistencia que necesiten durante la fase de ejecución.* (…) *La Comisión centrará sus esfuerzos en cuestiones en las que la adopción de medidas para hacer que se respete el Derecho pueda establecer una diferencia real.* (…) *La Comisión también ha reforzado el régimen de sanciones en virtud del artículo 260, apartado 3, del TFUE para los casos en que los Estados miembros no comuniquen a tiempo sus medidas de transposición de una Directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo. Este enfoque más estratégico del control de la aplicación del Derecho, combinado con una acción rápida y eficaz de la Comisión, pretende garantizar una mejor aplicación del Derecho de la UE en aras del interés común*».

En suma, legislamos entre todos para construir un futuro mejor para todos. De poco sirve que exista una amplia legislación europea si sus Estados miembros no realizan una transposición y aplicación correcta y ágil de la misma. Seamos, pues, responsables.

---

15. Informe de la Comisión Europea dado en Bruselas, el 6 de julio de 2017 sobre la aplicación efectiva del Derecho de la Unión Europea.

El fortalecimiento del derecho a la asistencia letrada: la entrevista previa y reservada antes de la declaración del inculpado

Eva Isabel Sanjurjo Ríos
Profesora Contratada Doctora I. de Derecho Procesal
Universidad de León

1. La incidencia de las últimas reformas procesales sobre el derecho de defensa

Jurídicamente hablando, podríamos decir que el año 2015 fue un año repleto de importantes cambios legales. En el orden penal, a falta de que el ansiado Código Procesal Penal viera la luz, se llegaron a aprobar nada menos que tres leyes, bajo las cuales se introdujeron trascendentales modificaciones para el proceso penal[1] destinadas a fortalecer sus garantías procesales: la Ley 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim y la LOPJ; la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

El trasfondo de dichas reformas no fue la de actualizar nuestro sistema procesal penal anticuado, motivo por sí sólo suficiente para legitimar la reforma, ya que así la práctica en multitud de ocasiones lo había evidenciado[2]. Más bien, la verdadera razón del cambio descansaba en el cumplimiento por parte de

1. A juicio de GIMENO SENDRA, la más importante modificación de nuestro proceso penal desde la promulgación de la LO 7/1988, de creación del proceso penal abreviado (GIMENO SENDRA, V., «La reforma de 2015 de la LECrim: aspectos generales», FUENTES SORIANO, Olga (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 27).

2. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)», *Estudios Penales y criminológicos*, número 29, 2009, pp. 209-210, se refiere también a la acuciante necesidad de una reforma

nuestro país de las obligaciones que adquirió como consecuencia de nuestra entrada y permanencia en la UE: el tener que trasladar al ordenamiento interno lo establecido en las distintas directivas europeas que se fueran aprobando. Y en concreto, en lo que aquí nos importa, el transponer las tres siguientes: Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; y Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Pues bien, tienen en común el contenido de las citadas Directivas en erigirse como eficaces instrumentos legales para potenciar uno de los derechos más trascendentales del proceso penal: el derecho de defensa. Derecho, que como por todos es conocido, está categorizado como Derecho Fundamental en nuestra Carta Magna (art. 24 CE) y regulado para el proceso penal en el art. 118 LECrim, configurándose como un derecho de signo contrario al derecho a la acusación que asiste a la parte acusadora de todo proceso penal[3]. En definitiva, se trata del derecho que garantiza la intervención de las partes en el procedimiento penal de modo que puedan defender su posición procesal sin que pueda producirse indefensión[4].

Desde las instancias europeas, se justificaba la promulgación de dichos textos en facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, pues como bien apuntan cada una de las Directivas citadas, la aplicación de dicho principio presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. Y ello, hasta entonces, no siempre quedaba oportunamente garantizado[5].

---

sobre la LECrim, recordando que los numerosos parches de la actual no han hecho más que complicar el panorama procesal penal.

3. Por todos, Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 157; Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I y Etxeberría Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III (Proceso Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 97.

4. Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. y Richard González, M., *El proceso penal práctico*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2003, p. 295.

5. Considerando 3º Directiva 2010/64/UE; considerando 3º Directiva 2012/13/UE; y considerando 4º Directiva 2013/45/UE.

Teniendo presente este contexto y ya volviendo a la regulación interna sobre el derecho de defensa, es necesario recordar que hasta la transposición de tales Directivas el derecho de defensa en nuestro sistema procesal penal (LECrim) se encontraba, podríamos decir, falto de desarrollo expreso. El art. 118 LECrim se limitaba a reconocerlo de un modo genérico al «imputado»[6], sin «desgranar» efectivamente en qué debía consistir, más allá de alguna mención a la asistencia letrada, al tiempo que se indicaba el momento a partir del cual debía reconocerse[7]. Por eso debemos calificar muy positivamente el que esa inconcreción haya sido resuelta con el nuevo contenido del art. 118 LECrim, enunciando sus derechos instrumentales —de cuyo efectivo ejercicio depende la efectividad del de defensa[8]— y dejando bien a las claras que la defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la Ley desde la atribución del hecho punible hasta la extinción de la pena (art. 118.2 LECrim)[9].

En este trabajo, en relación con este derecho de defensa, tan sólo queremos centrarnos en uno de sus contenidos esenciales: el derecho a la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio. Creemos que sobre esta materia se ha introducido un significativo y esperado cambio que por sí sólo debe merecer un tratamiento individualizado.

---

6. Actualmente «investigado» o «encausado», según la fase procesal, como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 13/2015, de 5 de octubre, que tuvo entre sus fines también el de adaptar el lenguaje de la LECrim a los tiempos actuales y, por lo que se refiere a este cambio terminológico en particular, «*evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión*» (apartado V del Preámbulo). Valorando las consecuencias del cambio de denominación, es interesante consultar: Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. L., *La reforma procesal penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 25-26; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015», en Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 30-31; Ortego Pérez, F., «Reflexiones acerca de la imputación y los estatus procesales de "investigado" y "encausado"», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 1, 2016, pp. 217-218.

7. «*Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho*».
Esa inconcreción del art. 118 LECrim en parte se «corregía» en el art. 520 LECrim, precepto que alude al ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos. Pues en él ya se hacía alusión a una serie de derechos derivados del de defensa.

8. López Yagües, V., «La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma», en Asencio Mellado, J. M. y Fuentes Soriano, Olga (Dirs.), *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011, p. 63.

9. Para Girbau Coll, A., «La reforma de la denominación y derechos del imputado en la LO 13/2015, de 5 de octubre», en Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 147, la reforma efectuada sobre el art. 118 LECrim es más aparente que real y simplemente formal, pues en su opinión tiene por objeto trasladar a la Ley lo que ya constituía la pacífica interpretación y desarrollo de dicho precepto por el TS y TC.

2. La entrevista previa con el letrado: medio eficaz para potenciar el derecho de defensa

Una de las manifestaciones más importantes del derecho de defensa es el derecho a la asistencia letrada[10], que constitucionalmente ha quedado reconocido en varios preceptos (art. 17 y 24).

En el proceso penal, generalmente (a excepción de los procesos por delitos leves), la asistencia de abogado al encausado resulta preceptiva desde que se le atribuye la comisión o participación en un hecho delictivo (art. 118.3 LEC)[11] y su efectivo cumplimiento constituye una exigencia estructural del propio desarrollo del proceso penal, en garantía del derecho a un juicio justo[12]. En cuanto a derecho subjetivo, tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción[13].

En otro orden de ideas, el fundamento de la previsión de este derecho de relevancia constitucional radica en el carácter técnico del proceso y en la necesidad de que la parte pasiva del mismo pueda intervenir en él con la garantía de los principios de igualdad de armas procesales y contradicción[14].

Una de las primeras manifestaciones de dicho derecho es la posibilidad que se confiere al inculpado para que elija libremente al abogado que le deberá asistir jurídicamente, salvo los supuestos de prisión provisional incomunicada (art. 527 LECrim), debiendo estar presente en todas las declaraciones, diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos (art. 118.2 LECrim). No haciendo suya dicha facultad de elección o impidiéndoselo la Ley, a fin de garantizar la defensa, sería nombrado un abogado de oficio (art. 118.3 LEC).

En relación con este derecho, tal y como adelantábamos, se han producido cambios sustanciales a raíz de la transposición de los instrumentos europeos ya reseñados. Particularmente, la Directiva 2013/48/UE, que de forma concreta se refiere, entre otros derechos, al de la asistencia de letrado en los procesos penales. Resultado de ello, queremos destacar el siguiente aspecto relacionado

---

10. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho…*, *op. cit.*, p. 160.

11. No fue siempre ése el criterio del legislador, pues en la redacción originaria de la LECrim, sólo desde el procesamiento podía designarse abogado, como recuerda Ortells Ramos, M., «Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)», en Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 46.

12. Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. y Richard González, M., *El proceso…*, *op. cit.*, p. 303.

13. Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 65.

14. Asencio Gallego, J. M., «El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia», en Fuentes Soriano, Olga (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 147.

con el derecho de asistencia letrada y, por añadidura, con el derecho más amplio que es el derecho de defensa: el reconocimiento de la posibilidad de una entrevista previa con el letrado.

2.1. Contextualización: la «defectuosa» asistencia letrada al detenido en sede policial hasta el 2015

Antes de la entrada en vigor de las últimas reformas procesales penales, el derecho de asistencia letrada se encontraba en nuestro criterio de alguna manera «mermado». Y decimos esto, por la imposibilidad de que el detenido pudiera entrevistarse de forma reservada con su letrado antes de su declaración en sede policial. Precisamente, cuando más necesaria podría ser la defensa del detenido.

Y es que el art. 520 LECrim (que regulaba el derecho de defensa en relación con los detenidos o presos provisionalmente) no daba cobertura a dicha actuación. Es más, la única referencia expresa a la entrevista reservada se preveía para el caso de los detenidos, encargándose el art. 520.6.c) LECrim de matizar que tal posibilidad sólo existía en el caso de que hubiera concluido la práctica de la diligencia, pero nunca antes[15]. ¿Y cuál podría ser la explicación de esa prohibición? Posiblemente, la desconfianza de algunos sobre la función que podían realizar los abogados durante la celebración de esas reuniones, alentados por la creencia de que con ellas se podría dificultar el esclarecimiento de los hechos, evitar una confesión o interferir en la espontaneidad de la declaración[16].

Frente a esta situación, cabía cuestionarse si efectivamente el derecho de defensa no se veía reducido de alguna forma, pues para nosotros la entrevista con el letrado es una de las manifestaciones más claras y fundamentales del derecho de defensa. De esa manera, se estaba dando cobertura a ese derecho sólo en un sentido formal, pero no también en un sentido material.

Formalmente, sí se preservaba, porque efectivamente la normativa garantizaba la presencia del abogado durante la declaración del investigado y, de esa forma, aquél podía «vigilar» que la diligencia se efectuara respetando todas las garantías procesales legalmente reconocidas. Pero no se producía una defensa

---

15. En sentido opuesto al criterio elegido cuando se trataba de depurar la responsabilidad penal de los menores (art. 17.2 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).
Y, como recuerda Marchal Escalona, A. N., *El atestado. Inicio del proceso penal*, 8ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010, p. 467, a esa entrevista posterior tenía derecho aunque el detenido se negara a declarar.

16. González-Cuéllar Serrano, N., «El fortalecimiento del derecho de defensa», en Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 127-128.

en su vertiente material, ya que al privársele de la facultad de reunirse con su abogado antes de la declaración, se tenía que someter a un interrogatorio sin asesoramiento sobre el fondo del asunto, sin que nadie le pudiera orientar sobre cuál era la mejor posición a adoptar frente al interrogatorio o advertirle de las consecuencias procesales que se derivarían en función de la actitud adoptada durante la declaración. En definitiva, cómo podía ejercitar su derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra él mismo, como el art. 24.2 CE le reconoce[17]. Lo cual, por otro lado, de alguna forma también convertía en más compleja la labor de defensa por parte del letrado, incidiendo en su calidad, al verse obligado a defender a su cliente durante el desarrollo del interrogatorio ignorando información o datos fundamentales que sólo a través de una reunión previa con aquél podría conocer de antemano y así preparar una eficaz estrategia defensiva.

Por ello, no debía sorprender que la actitud de muchos de los detenidos a disposición policial se acogieran a su derecho a no declarar, manifestando que solamente lo harían en presencia judicial, ante el temor de que su declaración les pudiera perjudicar. Resultaba, pues, necesario acabar con esa situación y dar ocasión al ejercicio de una verdadera asistencia letrada en toda su extensión.

2.2. La inclusión de la entrevista previa y los presupuestos para su efectividad

La actual redacción de los arts. 118.2 y 520.6.d), ambos de la LECrim, son explícitos a la hora de permitir que a quien se le atribuya la comisión de un hecho delictivo pueda entrevistarse con su letrado antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, a fin de encontrar en aquél la necesaria asistencia técnica y asesoramiento jurídico para afrontar más exitosamente el interrogatorio y así poder ejercer de un modo más efectivo el derecho de defensa.

Acoge así el legislador español los postulados de la Directiva 2013/48/UE, que establece normas mínimas relativas al derecho de asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea y, cuyos arts. 3.2.a) y 3.3.a), sin ambages, reconocen al sospechoso o acusado el derecho a ser asistido por un letrado antes de que sea interro-

17. Guzmán Marín, A., «La asistencia al detenido en sede policial; entrevista previa y acceso al atestado», *Foro Manchego. Revista informativa del Colegio de Abogados de Ciudad Real*, número 29, 2015. (www.foromanchego.es/index.php?index.php?option=com_content&view=article&id=784. Fecha de consulta: 9/10/2017).

gado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales.

De esta manera se logra acallar el clamor popular de extender la entrevista previa también para los casos de asistencia al detenido en sede policial, evitando que la figura del abogado en ese supuesto fuera la de un mero «convidado de piedra», como algunos se atrevieron a calificar muy atinadamente en nuestro juicio a la vista de la situación existente anterior a la reforma[18]. Con el cambio, se consigue que pase a asumir en todo su esplendor el rol de defensor del investigado o acusado.

La entrevista previa del sospechoso reforzará el derecho de defensa, permitiendo que éste afronte el interrogatorio previo asesoramiento de su abogado de confianza o del designado de oficio. Y a su vez, refuerza esa defensa, por permitir que la entrevista sea lo más provechosa o exitosa posible, la también previsión de otros dos derechos y una garantía procesal, todos explícitamente reconocidos en el texto de la LECrim a la luz de las últimas reformas procesales efectuadas: el derecho a la información, el derecho de acceso a las actuaciones y la confidencialidad de la entrevista. Detengámonos en cada uno de ellos a fin de verificar de qué forma pueden influir en la buena marcha de la entrevista previa que el letrado pueda tener con su cliente.

2.2.1. El derecho a la información: ¿con qué extensión?

Se regula este derecho de forma general en el art. 118 LECrim, así como en el art. 520 LECrim para los supuestos de sujetos privados de libertad. Para nosotros, resulta evidente que la máxima protección de este derecho repercute inequívocamente sobre el derecho de defensa. Sólo una completa información sobre los cargos que se dirigen contra la persona del sospechoso antes de que sea interrogado posibilitará al abogado proveer a su cliente de una mejor asistencia y defensa[19].

El derecho de información fue oportunamente desarrollado en nuestra LECrim como consecuencia de la transposición de la Directiva 2012/13/UE, que supuso la modificación de aquella norma a través de la publicación de la LO 5/2015, de 27 de abril, y la reforma de los arts. 118 y 520 LECrim, entre otros. Pero igualmente, en lo concerniente a este derecho, también se vio afectado por la Directiva que ocasionó la última reforma procesal penal: la Directiva 2013/48/UE.

---

18. González-Cuéllar Serrano, N., «El fortalecimiento…», *op. cit.*, p. 127.

19. Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 147, «*el ejercicio de la defensa exige saber previamente de qué defenderse*».

Aún debiendo valorar positivamente la regulación expresa de tal derecho, no podemos obviar algunas inconcreciones o incoherencias que apreciamos en relación con él en el articulado de la Ley. Y es que si bien no existe duda alguna que este derecho implica por parte de las autoridades policiales, fiscales o judiciales la obligación de asumir una tarea tan fundamental para favorecer la defensa como es la de informar al sospechoso de los hechos que se le atribuyen, resulta menos claro determinar con qué extensión dicha información ha de facilitarse. Y nos explicamos.

El art. 118.1.a) LECrim, que, como ya sabemos, regula el derecho de defensa desde la atribución de un hecho delictivo al sospechoso sin necesidad de que éste se encuentre privado de libertad, señala expresamente que «*la información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa*»; información, que dicho sea de paso, deberá proporcionarse en lenguaje comprensible y accesible, adaptándolo a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita, tal como prevé el art. 118.1.II LECrim. Pero, ¿cómo ha de interpretarse «*con el grado de detalle suficiente*»?

A falta de menciones específicas en el texto legal sobre esta cuestión, pudiera parecer que queda a la libre interpretación de quien haya de aplicar dicho precepto, lo que para nosotros generaría cierta inseguridad jurídica. Con el afán de poder dar estricto cumplimiento a esa premisa tan básica de la Ley como es el que la información resulte útil «*para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa*», entendemos necesario que la información comprenda no sólo los hechos concretos sobre los que recaen las sospechas, sino también todas las circunstancias que rodean a los mismos, en particular, el tiempo y el lugar de su comisión[20].

A dicha inconcreción, ha de sumarse la confrontación entre lo dispuesto sobre este tema en el art. 118 LECrim y lo contemplado para el caso de que el sospechoso se encuentre detenido o en prisión. Así, el art. 520.2 LECrim establece que «toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, *de*

---

20. En relación con la necesidad de trasladar la calificación jurídica de los mismos, ARMENGOT VILAPLANA, A., «El derecho a la información en los procesos penales (Directiva 2012/13/UE) y su incorporación a la LECrim», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 183, aboga por su falta de necesidad, sin perjuicio de que se pueda incluir una calificación jurídica provisional y orientativa.
En sentido opuesto, la propuesta de Código Procesal Penal (CPP) de 2013, en su art. 8.1, incluye dentro de lo que en él identifica como el «*derecho al conocimiento de la acusación*», no sólo los hechos que se le imputen, sino también la calificación jurídica provisional. Siguiendo el mismo criterio del CPP, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «El fortalecimiento…», *op. cit.*, pp. 102-103.

los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad (…)» (la cursiva es nuestra).

Se deduce, por tanto, cierta contradicción entre ambos preceptos, resultando que uno de ellos (el art. 118 LECrim) parece ser más restrictivo que el otro (el art. 520 LECrim) en cuanto al contenido de la información que ha de proporcionarse. ¿Es que la información en el supuesto de personas privadas de libertad debe ser inferior a la que se ha de recibir en el resto de casos? El interrogante no es baladí, máxime teniendo presente que la menor información se produciría en casos donde precisamente se está afectando a uno de los derechos fundamentales de más trascendencia para el sujeto pasivo de un proceso penal (su derecho a la libertad). Y, por tanto, en un ámbito donde las «armas» defensivas de aquel sujeto debieran ser, en principio, mayores o, al menos, ofrecer mismas garantías legales que en el resto de casos.

Ante esta aparente contradicción legal, creemos que la solución debe venir de la mano de la aplicación directa del instrumento legal que inspiró la reforma de los arts. 118 y 520 sobre este particular. Es decir, de lo establecido en la Directiva 2012/13/UE, que se aplica a las personas sospechosas y acusadas, independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad (Considerando número 16) y cuyo fin es establecer normas mínimas respecto a la información sobre los derechos de aquellas personas (Considerando número 20). Dicha Directiva de forma expresa aclara que la información a transmitir será sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o de cuya comisión se le acusa, facilitando una descripción de los hechos constitutivos de infracción penal incluyendo, si se conocen, el lugar y la hora además de su posible tipificación jurídica (Considerando número 28). Por lo que en ambos preceptos de la LECrim entendemos que la información debe ser, como mínimo, la reflejada en la normativa europea reseñada.

No podemos concluir estas reflexiones sobre la regulación del derecho a la información y su influencia en el derecho a la entrevista previa con el letrado antes de declarar, sin reparar en otra cuestión sobre la cual también nos surgen ciertas dudas: la premura con la que habrá de facilitarse aquella información. Sobre este particular, el art. 118.1 LECrim estipula que habrá de proporcionarse «*sin demora injustificada*», cuando el art. 520.2 LECrim indica que se realizará «*de forma inmediata*». Es así que para el primer caso el legislador parece optar por una interpretación del derecho menos restrictiva, en el sentido de que cabría cierto retraso, si bien siempre motivado, mientras que para el supuesto de personas detenidas o presas no cabría tal demora[21]. Ante esta antí-

21. Armengot Vilaplana, A., «El derecho a la información…», *op. cit.*, p. 181.

tesis, hubiera sido preferible uniformidad por parte del legislador en la medida que se trata de preservar al máximo el derecho de defensa. La premura en el caso del art. 520.2 LECrim quizá pueda justificarse en la privación de libertad de la persona sobre la que recae ese derecho a la información, pero en cambio no justifica un trato desigualitario entre sujetos pasivos de un proceso penal por razones únicamente basadas en su situación jurídica personal. Esto es, con independencia de si el derecho fundamental a la libertad se ha visto o no comprometido, en ambos casos el derecho a la información debería procurarse al mismo tiempo.

2.2.2. El derecho de acceso a las actuaciones y algunos problemas interpretativos en situaciones de privación de libertad

Una adecuada y útil entrevista con el abogado no sólo exige conocer con exactitud los hechos que se atribuyen al sospechoso, sino que igualmente lo es el tener acceso al expediente que ha motivado que sobre él recaiga esa duda o sospecha de haber tenido algún tipo de participación en la comisión de los hechos delictivos que son objeto del proceso penal[22].

Y al respecto es contundente el art. 118.1.b) LECrim: «*derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a la declaración*». Es decir, se contempla la posibilidad no sólo de tener acceso a todas las actuaciones, al expediente completo[23], sino que además, la posibilidad de acceso existe antes de la declaración misma. Lo cual nos parece muy razonable para que la entrevista previa con el letrado permita ejercer en mayor grado el derecho de defensa.

Hasta aquí, como decimos, nada tendríamos que objetar a la decisión del legislador de incluir este derecho en el art. 118 LECrim como uno más de los que se derivan del derecho de defensa. No podemos decir lo mismo de la previsión que sobre este derecho se realiza en el art. 520.2.d) LECrim, precepto como ya sabemos restringido sólo a los supuestos de personas detenidas o presas. Sorprendentemente, en él se acota el acceso a la información; la misma no lo es para todas las actuaciones existentes hasta el momento de la declaración, sino que únicamente se extiende a los elementos que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de la libertad. Una limitación que nos parece injustificada por cuanto creemos que esa restricción de acceso a lo

---

22. González-Cuéllar Serrano, N., «El fortalecimiento…», *op. cit.*, p. 103, «(…) *el ejercicio del derecho de defensa presupone también el conocimiento de las actuaciones, pues difícilmente puede reputarse la tesis que se ignora o cuyo fundamento queda oculto*».

23. A salvo quedan los casos en los que se decretara el secreto de las actuaciones durante la fase de instrucción judicial (art. 302 LECrim).

meramente esencial de las actuaciones no parece ser la mejor forma de favorecer el derecho de defensa como pretende la norma con su inclusión, además de contraria al régimen establecido en el art. 118 LECrim, que no olvidemos, hace nacer tal derecho también desde el instante de la detención[24].

Y por si no fuera poco lo anterior, merece también una crítica la inconcreción del legislador acerca de cómo deberá entenderse la expresión de «*elementos esenciales*» que se emplea en el art. 520.2.d) LECrim. Ello ha conducido a algunos autores, como Marchal Escalona, a comprender que las actuaciones que habrán de exhibirse al detenido serán las que sustenten la privación desde un punto de vista sustantivo y adjetivo. Es decir, las actuaciones que evidencien que los hechos que se le imputan son subsumibles en un tipo penal (*fumus boni iuris*) y, que existe en su caso el exigible peligro de fuga (*periculum in mora*). Además de mostrarle aquéllas otras que guarden relación con la garantía y efectividad de sus derechos (aviso letrado o familiar, reconocimiento médico, etc.)[25].

2.2.3. El carácter reservado de la entrevista

Partiendo de la premisa de que la entrevista se efectuara en los términos considerados a lo largo de este trabajo, culmina la garantía de ese derecho a la misma con el carácter reservado con que el legislador ha querido dotarla en general (arts. 118.4 y 520.7 LECrim), tal y como exigía la Directiva 2013/48/UE (art. 4).

El carácter confidencial es una exigencia para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, al tiempo que se encuentra directamente relacionado con la obligación del secreto profesional impuesto a los letrados (art. 542.3 LOPJ y art. 32.1 Estatuto General de la Abogacía). Sólo garantizando que las comuni-

---

24. Sobre esa aplicación restrictiva que se realiza en la práctica, explica Barón Jaqués que en comisaría o en el cuartel sólo se facilita al letrado lo que la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, sobre interpretación de la Directiva 2012/13/UE) consideró que constituyen los «*elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención*». Es decir, el lugar y fecha de la detención; el delito que motiva la misma; el lugar, fecha y hora de su presunta comisión; un breve resumen de hechos y los motivos que han llevado a la detención: Barón Jaqués, L., «Acceso al atestado policial: expresión del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido», en www.abogacia.es/2016/01/13/acceso-al-atestado-policial-expresion-del-derecho-fundamental-a-la-asistencia-letrada-al-detenido/ (fecha de consulta: 11/10/2017).
También de idéntico parecer al expuesto en el texto principal, González-Cuéllar Serrano, N., «El fortalecimiento…», *op. cit.*, pp. 122-123.
En el CPP tal limitación en el acceso a las actuaciones, tampoco parecía que existiese. El art. 167 regulador de los derechos del detenido, en su apartado primero contenía en sexto lugar «*el derecho al conocimiento de las actuaciones mediante petición realizada al Fiscal, salvo que se declare el secreto*».

25. Marchal Escalona, A. N., «Los nuevos derechos del detenido en sede policial», en www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/los-nuevos-derechos-del-detenido-en-sede-policial (fecha de consulta: 11/10/2017).

caciones entre el abogado y su cliente revisten de ese carácter secreto, la información entre ellos podría fluir de forma natural y fiel a la realidad de los hechos objeto del proceso, de manera que permita al abogado trasladar a su cliente una más efectiva información, asesoramiento y orientación jurídica. En definitiva, preparar de la mejor forma para cada caso una adecuada estrategia defensiva y, en definitiva, refrendar un correcto ejercicio del derecho de defensa.

Queda fuera del carácter confidencial de las comunicaciones aquellos casos en los que se constatase la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, como advierte la LECrim.

3. Bibliografía

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016.

ARMENGOT VILAPLANA, A., «El derecho a la información en los procesos penales (Directiva 2012/13/UE) y su incorporación a la LECrim», en FUENTES SORIANO, Olga (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

ASENCIO GALLEGO, J. M., «El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARÓN JAQUÉS, L., «Acceso al atestado policial: expresión del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido», en www.abogacia.es/2016/01/13/acceso-al-atestado-policial-expresion-del-derecho-fundamental-a-la-asistencia-letrada-al-detenido/.

CASTILLEJO MANZANARES, R., «Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)», *Estudios Penales y criminológicos*, número 29, 2009.

GIMENO SENDRA, Vicente, «La reforma de 2015 de la LECrim: aspectos generales», FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GIRBAU COLL, A., «La reforma de la denominación y derechos del imputado en la LO 13/2015, de 5 de octubre», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «El fortalecimiento del derecho de defensa», en MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

GUZMÁN MARÍN, A., «La asistencia al detenido en sede policial; entrevista previa y acceso al atestado», *Foro Manchego. Revista informativa del Colegio de Abogados de Ciudad Real*, número 29, 2015. (www.foromanchego.es/index.php?index.php?option=com_content&view=article&id=784).

Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. L., *La reforma procesal penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015.

López Yagües, V., «La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma», en Asencio Mellado, J. M. y Fuentes Soriano, O. (Dirs.), *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011.

Marchal Escalona, A. N., «Los nuevos derechos del detenido en sede policial», en www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/los-nuevos-derechos-del-detenido-en-sede-policial.

Marchal Escalona, A. N., *El atestado. Inicio del proceso penal*, 8ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberría Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III (Proceso Penal)*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Ortego Pérez, F., «Reflexiones acerca de la imputación y los estatus procesales de "investigado" y "encausado"», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 1, 2016.

Ortells Ramos, M., «Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)», en Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016.

Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016.

Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. y Richard González, M., *El proceso penal práctico*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2003.

El auto del art. 779.1-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una imputación de hecho jurídicamente relevante. (A propósito del auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante de dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete)

José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

1. Introducción

Pocos temas son más complejos que el análisis del art. 779.1-4 de la LECrim[1]. No obstante, como se tratará de desarrollar en el presente trabajo, dicha complejidad no es consecuencia de la naturaleza legal de la figura y de sus funciones, sino más bien de una interpretación jurisprudencial poco uniforme, en ocasiones contradictoria y generadora de cierta inseguridad.

Como es sabido, la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contenía esta resolución en su art. 789.5, la cual, el TC, en su sentencia 186/1990, de 15 de noviembre interpretó, introduciendo exigencias que afectaban a la naturaleza que el legislador quiso atribuir a una decisión judicial que, sin las prevenciones del TC, no pasaba de ser un auto de mero trámite. Y la Ley 38/2002, de 24 de octubre, vino a desarrollar una reforma integral de la norma que afectó profundamente a la resolución que se analiza, que no solo la adecuó a las previsiones constitucionales, sino que profundizó en su carácter material, de imputación formal judicial, del auto ahora previsto en el art.

1. Como cuestión esencial del proceso penal la califica el TS, entre otras, en su sentencia de 13 de diciembre de 2007.

779.1-4. Dos normas distintas radicalmente han regido la materia y dos normas que tenían que haber tenido como consecuencia una modificación de la jurisprudencia y la relegación de la dictada con base en la derogada a la irrelevancia, incluso aquella que intentó acomodarse a la doctrina constitucional, pues, como se ha dicho, la nueva redacción del art. 779.1-4 fue más allá de las exigencias del TC, reformando sustancialmente la naturaleza del auto comentado.

Pues bien, como regla general, cabe apreciar que la jurisprudencia dictada en aplicación de la norma vigente ha asumido este cambio de tendencia, olvidando toda referencia a un mero carácter procedimental y acentuando su naturaleza de acto de imputación formal judicial de un hecho punible, es decir, de un hecho típico; un hecho típico que como tal debe ser determinado en el auto en su íntegra tipicidad, pues en caso contrario no sería un hecho punible. Una imputación que vincula a la acusación que queda sujeta a los límites objetivos del hecho jurídicamente relevante imputado y que, como objeto procesal, no es estático, sino dinámico, de modo que puede ser alterado salvo que se rompa la identidad del hecho, identidad que se rompe cuando se modifican sustancialmente los hechos típicos de las figuras delictivas comparadas o el bien jurídico de cada una de ellas (art. 789,3). Como hecho punible, típico, es evidente que debe ser calificado jurídicamente, aunque esa calificación no vincule a las partes acusadoras, pues solo es delito lo que es típico y los delitos, los títulos de imputación, son modificables, pero solo en el marco de su identidad procesal. Que el auto no califique los hechos lleva al imposible de determinar el hecho punible, a revertir el auto en su naturaleza misma.

No obstante, la jurisprudencia reciente, acomodada a la actual legislación y a la doctrina constitucional, mantiene en algunas resoluciones la llamada a sentencias anteriores, propias de la norma precedente, incompatible con la vigente y, de este modo, exponente de posiciones contradictorias con la ley. Así, aquella, que aunque suponía un avance respecto de la ley, no llegaba a las exigencias de la norma presente, se sigue en ocasiones citando literalmente, entrando el TS en una suerte de contradicción difícilmente superable que, a su vez, es fuente de problemas de cierta envergadura cuando las Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción, sin atender a la realidad de la diversa legislación, acogen en sus resoluciones sentencias de modo indiscriminado, mezclando sus previsiones y llegando a conclusiones voluntaristas que generan una inseguridad indeseable. Leer resoluciones de la jurisprudencia menor que combinan declaraciones referidas a normas no vigentes y, a la vez, otras que las contradicen, pero que se quieren cohonestar aunque esta labor sea imposible, enciende algunas alarmas por la forma en que la jurisprudencia es consultada. Esa copia sin tomar en consideración la norma en vigor, consultando bases de datos sin atender a la vigencia de las normas afectadas por la doctrina

que se adopta como fundamento de la resolución, está en la base de decisiones en ocasiones contrarias a la legalidad misma.

Se impone, pues, una labor del TS que uniformice su doctrina, que la actualice en atención a la realidad legal, dejando expresamente de lado sentencias que, teniendo como tuvieron calidad y acierto en su momento, no son hoy aplicables por determinación legal.

El problema que late en esta materia es el del objeto del proceso, la naturaleza del mismo, las teorías de la sustanciación o la individualización, del hecho o normativa, porque no llega a ser esta última asumida plenamente por el TS aunque la acoja en realidad sin reproche alguno. Una declaración expresa y tajante acerca de la normatividad del objeto procesal, del hecho punible, del hecho jurídicamente relevante, de su necesaria calificación en tanto hecho típico, dejando de lado referencias al hecho desnudo, al hecho natural —que tampoco se sostienen, pero lo parece en ocasiones—, abundaría en el desarrollo adecuado de una resolución crucial para el sistema procesal penal y evitaría resoluciones como la que se comentará de la AP de Alicante que, de hecho, desconocen la naturaleza del objeto del proceso penal, sustituyéndolo por una entidad imprecisa que transita entre el hecho natural y la relevancia penal indiciaria o parcial; un concepto oscuro y sin respaldo conceptual que supone, eso sí, relevar a la AP de su función de control de la imputación, reduciendo la apelación a un recurso extraordinario con objeto limitado e impreciso.

En este trabajo, breve necesariamente al formar parte de una obra colectiva en homenaje al Prof. Serra Domínguez, no se va abordar el tratamiento en profundidad del auto del art. 779.1-4. Tal labor nos llevaría muy lejos y excedería lo que se quiere destacar como elemento conflictivo principal de la materia apuntada. En consecuencia, pues, se ha optado por limitar el análisis de la norma a lo referido a la conceptualización de la resolución como una imputación formal de carácter judicial que cierra la instrucción y ofrece un marco a la acusación, al cual queda vinculada. Una vinculación que es al hecho punible que en el auto debe determinarse, un hecho jurídicamente relevante y tipificado de forma expresa, pues. Un hecho que constituye el objeto del proceso en su acepción normativa, la que acoge el art. 789.3, de plena aplicación en este momento procesal.

No se abordará, pues, la repercusión del auto tratado en la legitimación pasiva, su determinación, ni tampoco el ámbito del derecho a la información de la imputación y su afectación por esta resolución en relación con los arts. 118 y 775, si bien se aludirá en lo que sea necesario para el tratamiento del objeto del proceso. De la misma forma, solo de forma muy somera se abordará el sobreseimiento, como forma alternativa de conclusión de las Diligencias Pre-

vias, en tanto esta decisión o la de imputar están íntimamente conectadas en relación con la naturaleza del objeto del proceso y de la resolución de imputación formal.

Dos son las cuestiones sobre las que se va a estructurar el trabajo. La primera, el concepto de hecho punible como hecho típico y jurídicamente relevante, objeto dinámico del proceso. La segunda, la naturaleza del auto estudiado, así como sus funciones.

El trabajo es, necesariamente, doctrinal, pues la cuestión propuesta no puede ser ajena y ahí está el error que se comete en múltiples ocasiones, al complejo tema del objeto del proceso, en el que no se puede entrar con afirmaciones genéricas u opciones carentes de fundamento o soporte legal y menos aún afirmar una cosa y la contraria sin ser conscientes de la contradicción en la que se incurre. Un hecho natural no es un hecho jurídicamente relevante, ni puede ser equiparado, pues ambos responden a realidades distintas. En este sentido, la doctrina procesal es imprescindible para conocer conceptos básicos cuyo desconocimiento está en la base de las mayores disfunciones de la resolución estudiada.

2. El hecho punible como hecho jurídicamente relevante. El objeto del proceso

El concepto de hecho punible que contiene el art. 779.1-4 y que, a su vez, se constituye en base de la imputación conforme al art. 118 LECrim, el que esta resolución debe determinar, es sin duda el núcleo central sobre el que giran todos los debates y posiciones alrededor de una decisión judicial que se ha complicado sobremanera, cuando desde una buena técnica procesal no debería presentar dificultades. Porque, de lo que se entienda por hecho punible ha de depender el contenido exacto de la imputación formal que ha de expresar el llamado auto de PA, de sus requisitos, evitándose discusiones y posicionamientos que llevan a grados de incerteza extremos y que repercuten directamente en el elemento central del proceso, la determinación dinámica de su objeto. Un objeto que, como es sabido, a diferencia del civil en el cual se concreta en la demanda inicial, en el penal se construye sucesivamente desde la imputación inicial a las conclusiones definitivas. Con perfiles distintos, es cierto, pues el hecho en la instrucción es divisible, pero se torna indivisible a partir, precisamente, del auto del art. 779.1-4. No obstante, en tanto modificable aunque sin atentar a la identidad sustancial del hecho, el objeto procesal penal se conforma de forma progresiva.

La jurisprudencia, a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha optado claramente por una concepción determinada de lo que es objeto del proceso, concepción que se contiene en el art. 789.3, no mantiene una posición clara o, al menos, no lo hace en apariencia, sosteniendo criterios que insinúan cierta ambigüedad que parecen en ocasiones percepciones contrarias a la propia determinación legal. Pero, como se verá, esa posición es aparente y resultado de una negativa inexplicable a exigir una tipificación que, a su vez, impone, pues cuando califica el hecho punible de delito y prohíbe la acusación por hecho diverso entendiendo éste como delito que rompe con la identidad del hecho procesal, está en realidad hablando del objeto procesal como hecho jurídicamente relevante y, por tanto, típico. Falta, no obstante, una mayor clarificación, lo que tal vez exigiría una casación unificadora, no una tercera instancia en ocasiones apegada al problema concreto. Téngase en cuenta que el TS solo conoce, en vía de casación, de este art. 779.1-4 en dos situaciones: cuando se dicta un auto de sobreseimiento libre o cuando se condena por un delito distinto al determinado en el auto de PA, de modo que lo que en este trabajo se analiza, es decir, la determinación del auto en relación con el hecho punible, nunca es y ha sido objeto de casación, habiendo sido tratado exclusivamente de forma indirecta. La jurisprudencia, pues, tiene un valor limitado en tanto la cuestión nunca ha sido abordada de forma directa, salvo cuando el TS actúa como órgano instructor, casos en que su doctrina es meridianamente clara al respecto de lo que en este trabajo se expone[2].

2.1. El hecho como objeto del proceso

La causa petendi de la pretensión penal, objeto del proceso, viene constituida por un hecho jurídicamente relevante, de modo que ese hecho y el sujeto imputado son los elementos que sirven para identificar una pretensión, para individualizarla y diferenciarla de las demás, con todas las repercusiones que tiene esta función al momento de establecer los límites de la vinculación judicial a las acusaciones, la cosa juzgada o, en el caso que nos ocupa, la reconducción de la acusación a la imputación judicial formulada en el auto del art. 779.1-4.

Sin embargo, esa idea simple, presenta mayores complejidades, tantas que el error en su comprensión está en la base de serias disfunciones del sistema. El concepto de hecho no es sencillo y al respecto han surgido dos grandes bloques de teorías que pretenden explicarlo y con ello sus perfiles, identificación y efectos. Ambas teorías, sin embargo, no se pueden combinar entre sí, no

2. Auto del TS de fecha 1 de abril de 2011, a título de ejemplo.

resultando compatibles en su aplicación, no pueden hacerse equivalentes, cual parece suceder en la jurisprudencia menor que las utiliza indistintamente, entrando en un ámbito de cierta inseguridad derivado de un incorrecto entendimiento de esta noción procesal básica. Moverse en el terreno del hecho natural y el normativo y concluir una suerte de equiparación, no es correcto y está en la base de consecuencias graves que debe el legislador corregir inmediatamente y de forma expresa. Y en la jurisprudencia menor es frecuente hallar resoluciones que utilizan, con escaso acierto, ambas formulaciones que no encuentran diferentes y que combinan de forma artificial cuando el uso conjunto de las mismas en una decisión única conduce a resultados complejos y directamente vulneradores de los derechos del imputado.

2.2. La teoría del hecho natural

Conforme a la conocida como teoría naturalista, objeto del proceso es un hecho histórico, un hecho natural. El hecho procesal no coincide, ni es correlativo, con el hecho conformador de un tipo penal, esto es, no se trata de un hecho delictivo concreto[3], sino que, por el contrario, consiste en un suceso o acontecimiento histórico individualizable para su reducción a la unidad o singularidad, es decir, a su identidad inmodificable, de acuerdo con criterios estrictamente naturales, no jurídicos[4].

GOMEZ ORBANEJA[5], define así el hecho procesal no como «*el concreto hacer de que parte la acusación o a que llega la sentencia, sino el acontecimiento o —trozo de vida—, tomado en su integridad, en cuanto con arreglo a un criterio puramente natural o corriente constituya una unidad, a que aquel hacer pertenece, de tal suerte que el hecho procesalmente considerado comprende cualquier otro hacer con que el procesado haya participado en tal acontecimiento*».

Esta teoría y ahí está la nota que la caracteriza, destaca por prescindir de toda referencia a las normas jurídicas penales para cualificar el hecho procesal, ni en cuanto a los hechos esenciales, ni en relación con el bien jurídico de las reglas penales aplicadas. En este sentido, el hecho procesal estará integrado y de él formarán parte todos aquellos elementos fácticos que se estimen incluidos en esa unidad de acaecer natural, todos los elementos que, de acuerdo con un criterio natural, converjan en una unidad[6].

---

3. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I., Barcelona, 1947, p. 296.

4. KLEINKNECHT, T., *Strafprozessordnung*, Munich, 1981, pp. 790 y ss.

5. *Op. cit.*, p. 296.

6. ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995, opta por entender que al principio acusatorio solo afectan los hechos y sujetos, mientras que las calificaciones jurídicas lo son del derecho de defensa, si

El problema insoluble de esta teoría, sin referencia normativa alguna, es evidentemente el de la imposibilidad de hallar ese criterio que determine la unidad natural, habiendo fracasado todos los utilizados a este fin, fundamentalmente, los de tiempo o lugar, pues los cambios en los mismos no suponen como tales mutaciones del objeto o su permanencia e identidad.

De este modo, Almagro Nosete[7], afirma que considerar el hecho procesal como hecho desnudo, esto es, sin referencia normativa alguna, no es otra cosa que una entelequia en tanto la incoación de un proceso penal necesita siempre de un hecho con relevancia jurídica. Tipificado, pues, cabría añadir. Jiménez Asenjo[8], destaca que solo puede ser caracterizado como hecho procesal aquel que sea aparentemente delictivo[9].

Para dotar de cierta efectividad a esta teoría, como se ha comentado, se han propuesto diversas soluciones en un intento de introducir criterios que puedan explicar cierta unidad. Y así, Bertel[10], se ha inclinado por la voluntad del autor, radicando la unidad del hecho en el plan del artífice del hecho, entre su proyecto concebido y el resultado. Un suceso de la vida sería, pues, la suma de actos a través de los cuales el autor ha perseguido un fin particular. Un criterio incierto, pues daría lugar a la unidad una suma de delitos cometidos bajo la misma intención.

El tiempo o lugar, como se dijo, tampoco son criterios válidos, pues como expone Cortés Domínguez[11], se trata de datos no comparables a este efecto, ya que si los hechos que se enfrentan son idénticos no pudieron suceder en diversos momentos o lugares, además de que los cambios en estos elementos no suponen en todo caso una alteración del hecho mismo.

En definitiva, el problema de esta teoría es que no ofrece un criterio, básico para determinar la identidad de un suceso, que permita diferenciar entre hechos sustanciales y accesorios, esencial cuando se trata de identificar un hecho

---

bien acepta que la jurisprudencia incluye la tipificación de aquellos hechos en el concepto que afecta al acusatorio por formar parte del objeto del proceso, p. 84.

7. Almagro Nosete, J. *et al.*, *Derecho Procesal*, *T. II. Proceso Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 177.

8. Jiménez Asenjo, E., *Derecho Procesal Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, volumen I, p. 127.

9. En el mismo sentido, el de considerar inconsistente esta doctrina, se manifiesta Vázquez Sotelo, J. L., «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español», *Revista Jurídica de Cataluña*, número 2, 1984, p. 407. O Bertel, C., *Die Identität der Tat*, Springer-verlag, Viena, 1970, p. 36, que reputa esta teoría como vacía de contenido, razón por la cual solo proporciona resultados aparentes.

10. Bertel, C., *op. cit.*, p. 36.

11. Cortés Domínguez, V., *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia-Zaragoza, 1975, pp. 57 y ss.

procesal que, a diferencia del penal, no es estático, sino dinámico, cambiante en el marco de esa identidad sustancial[12].

Nuestra jurisprudencia y nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal rechazan esta teoría, no obstante lo cual acuden al hecho histórico cuando se trata de valorar el respeto al derecho a ser informado de la acusación (imputación) entendiendo que el mismo es respetado cuando el inculpado ha sido ilustrado de los hechos naturales que conforman el tipo penal posteriormente imputado o acusado y ha podido defenderse, sin exigir, pues, una calificación, aunque sea provisional, de esa imputación. Una decisión ésta compleja, incompatible o al menos poco adecuada a la necesidad de que la imputación sea de un hecho punible, no natural, de la necesidad de inadmitir toda denuncia o querella que no sea de un hecho de esas características. Pero, a su vez, contradictoria, pues tales hechos naturales se reconducen a los típicos aunque sin obligar a esa tipificación ineludible y a la ilustración al imputado de una calificación que el propio Juez ha de hacer, necesariamente, de los hechos.

2.3. El hecho normativo como objeto del proceso

La teoría conocida como normativa, aunque dentro de ella cabe radicar diversas posiciones, viene a ofrecer una solución válida a los problemas insolubles de las teorías del hecho natural. Con independencia de que no carezca absolutamente de quiebras, es la asumida en España desde hace años por el TC, la que adopta el TS, que es estricto cuando analiza los arts. 789 y 733, pero que mantiene ciertas dudas, solo en apariencia sin embargo, al entrar en las exigencias de calificación de los hechos en el marco del art. 779.

Para esta teoría, el hecho procesal no deja de ser un hecho natural para identificarse con un delito. No es el delito el objeto del proceso, sino el hecho de la vida. Los objetos penal y procesal son diferentes en su delimitación y en su carácter más o menos dinámico[13].

El hecho procesal no es un hecho entendido como delito, sino un factum con individualidad propia. Pero, dentro de esa autonomía e individualidad, es ineludible tener en cuenta que ese hecho es siempre un tema con relevancia penal, que siempre existe y ha de existir una relación del hecho con el derecho penal, en tanto se trata de un hecho jurídico imputado a una persona. De ahí que su identificación precise de referencias normativas en tanto solo son pro-

---

12. Asencio Mellado, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 72 y ss.

13. Asencio Mellado, J. M., *op. cit.*, pp. 76 y ss.

cesalmente relevantes, a cualquier nivel, aquellos hechos a partir de los cuales se afirma o pretende una consecuencia jurídica, no los demás, cuya finalidad es distinta, no teniendo la cualidad de esenciales. En este sentido, el hecho procesal, como jurídicamente relevante, es solo aquella porción del hecho natural, del hecho histórico, que coincide con el supuesto de hecho de una norma jurídica, de una norma penal o lo que es lo mismo, el hecho típico, siendo ese hecho típico o hecho punible el hecho natural que coincide con el supuesto de hecho de una norma penal.

Ahora bien, ese hecho normativo, que no coincide con un delito, es dinámico, no estático y procesal, no penal, de modo que puede variar en el marco de su sustancialidad, aquella que establece los límites de la acusación y que impide actuaciones de oficio por vía de la alteración del hecho acusado. El hecho procesal típico puede modificarse siempre que se mantenga su esencialidad, su identidad, por exigencias del principio acusatorio, no pudiendo los tribunales, ni aun respetando el derecho de defensa, modificarlo sustancialmente, pues eso sería tanto como sostener la pretensión penal de oficio. Y, en el marco del art. 779.1-4, esa identidad debe mantenerse, pues aunque no se vea afectado el principio acusatorio al corresponder la acusación al Ministerio Fiscal o las partes acusadoras, es el derecho a un proceso con todas las garantías el que obliga a preservar la identidad entre el auto de imputación y la acusación respectiva[14].

El mecanismo que garantiza y compatibiliza la dinamicidad del hecho procesal es la sustancialidad del hecho, su identidad, plasmada en el art. 789.3. Fue Liu[15] quien desarrolló esta noción hoy incorporada y asumida legalmente. Para este autor el hecho permanece inalterable siempre que subsista en el tránsito de sus variaciones lo que denomina objeto normativo, la esencia del tipo penal de referencia, es decir, una identidad parcial del hecho típico y/o del bien jurídico protegido[16]. No es exigible una plena identidad entre ambos hechos, pues eso sería equiparar delitos, dado que no existen dos delitos que tengan un mismo supuesto de hecho. Por el contrario, en el ámbito del objeto procesal es la identidad parcial lo que permite afirmar la individualidad del hecho acusado y condenado. O, como dice el art. 789,3, la prohibición de condenar por delitos distinto cuando «*éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado*»[17].

---

14. STS de 3 de mayo de 2016 entre otras.

15. Liu, K., *Der Begriff del Identität del Tat im geltundem Strafprozessrecht*, Breslau, 1927, *op. cit.,* por Gutiérrez de Cabiedes, E., «La correlación entre acusación y sentencia», en *Estudios de Derecho Procesal*, Eunsa Ediciones, Pamplona, 1974, p. 527.

16. Aunque, como bien sostiene Gómez Coloner, J. L., *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 107, esta teoría no explica adecuadamente los problemas de la participación y el encubrimiento.

17. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 66/2000, de 28 de enero de 2000, Recurso 1432/1998 Conviene recordar que, desde el punto de vista de los hechos objeto de acusación —que es el aspecto del principio acusatorio que aquí nos interesa— lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de una

En consecuencia, fácil es colegir la necesidad de tipificación de los hechos en el marco del proceso penal, máxime en un lugar como el auto de art. 779.1-4. Si el hecho no es, ni puede ser el simplemente natural o histórico, sino el típico, la calificación del mismo, su tipificación, es inexcusable e imprescindible, pues el hecho punible solo puede ser un hecho típico, un delito entendido al modo que se ha comentado y la ley establece. Que el delito calificado no vincule plenamente, sino que solo lo haga el procesal, no se opone, antes al contrario, impone la tipificación, pues no hay hecho procesal sin referencia normativa y la vinculación se mantiene en el ámbito de la identidad, siendo así que solo es posible determinar la identidad que rige la vinculación, desde una exacta tipificación. Mantener esa exigencia y a la vez afirmar que no deben tipificarse los hechos es tanto como aducir un imposible, ajeno a la ley y pura especulación sin base procesal alguna. Es introducir en el proceso, por tal vez la vía de ignorar las instituciones procesales, elementos incompatibles con el sistema que rompen su armonía y generan inseguridad y llevan a una discrecionalidad que puede rozar la arbitrariedad. Si el juez no tipifica los hechos se está confundiendo el hecho procesal con el hecho natural, de modo que el Ministerio Fiscal podrá acusar con base en unos hechos ilimitados al ser naturales y podrá acusar sobre la base de hechos no homogéneos o idénticos en sentido procesal. Porque, si se afirma posteriormente que la vinculación del Fiscal es a esa identidad u homogeneidad, se estaría diciendo que el elemento normativo es esencial, con lo que se entraría en un círculo vicioso de salida imposible. O permitiendo que el Juez oculte una calificación que ha hecho en todo caso. Una afirmación que no soporta un análisis jurídico sereno por sus contradicciones.

La jurisprudencia, no obstante, no ha llegado a romper esa tendencia, acaso, como se dijo, por la confusión existente en torno al derecho a la información de la imputación que se quiere hacer independiente de una tipificación concreta aunque el nuevo art. 118 sostiene una posición que obliga a lo contrario. Garantizar la defensa exigiendo plena información de los hechos no es equiva-

---

acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales fijados normativamente y que integran el tipo penal a aplicar, lo que quiere decir que del hecho de la vida objeto del proceso penal han de tomarse en cuenta y ser fijados en el momento de la acusación aquellos extremos fácticos que integran el sustrato de los distintos elementos típicos que componen el precepto penal cuya aplicación se solicita y las circunstancias influyentes en la responsabilidad del acusado, así como la identificación de las personas a quienes se imputan tales hechos (Sentencias de 14 y 23 de enero de 1993). Son éstos los elementos sustanciales que no deberán ser alterados por el Juez que puede, sin embargo, matizarlos o completarlos incluyendo otros datos colaterales o esclarecedores siempre que no impliquen cambio de calificación resultando por ello neutrales para el fallo (Sentencia de 22 de diciembre de 1993). En el mismo sentido la Sentencia de esta Sala de 2 de abril de 1998 declara que la base fáctica de la acusación vincula al Tribunal de modo que no puede introducir en la Sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación, fuera de simples modificaciones de detalle conforme a la prueba practicada y en aras de una mayor claridad expositiva o comprensión de lo ocurrido, pero sin traer sorpresivamente a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de la acusación, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la agravación de la responsabilidad, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tendría oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

lente a la obligada vinculación entre imputación y acusación, aunque se mantenga la posición, escasamente garantista, de no imponer que la información de lo imputado contenga una calificación jurídica. Pues, en el terreno de lo teórico, solo en lo teórico, puede un imputado defenderse de un complejo fáctico en el que se incluyan los elementos típicos del delito imputado, nunca de hechos no típicos en su completitud, que pudieran no ser punibles y esconder meros reproches morales, éticos o prospecciones que no garantizan la ilustración obligada de la imputación; pero no será posible imputar sin referencia normativa y, a su vez, exigir identidad entre hechos imputados y acusados sin esa necesaria comparación de elementos normativos.

Analizar la jurisprudencia es obligado para conocer el estado de la cuestión y proponer soluciones que se evidencian como ineludibles ante el estado confuso de esta esencial materia.

3. La doctrina del Tribunal Supremo. Una complejidad innecesaria que genera inseguridad jurídica

La doctrina que ha elaborado el Tribunal Supremo sobre el auto del art. 779.1-4 se puede calificar cuanto menos de compleja, a veces poco comprensible y en todo caso generadora de incertezas que están en la base de interpretaciones de los tribunales inferiores que exceden lo que la ley permite. No obstante, la apariencia de las resoluciones que el TS ha pronunciado, las afirmaciones en ocasiones formuladas, tampoco coinciden con la fundamentación jurídica que las sostiene, entrando en una suerte de contradicción interna cuya explicación no es fácil de encontrar. Porque, una somera lectura de las sentencias dictadas revela, sin mucho esfuerzo, que el TS, como no podía de otro modo y de forma coherente con sus formulaciones en aspectos relacionados directamente, se adhiere a la teoría normativa del objeto del proceso penal, no obstante lo cual parece resistirse a hacerlo y se remite a la del hecho natural, al menos externamente, en múltiples ocasiones. Y, de este modo, se genera una confusión importante, pues es difícil, por no decir imposible, hacer cohonestar dos teorías que no son compatibles. El TS, después de sostener la teoría normativa en lo referido a la vinculación de los tribunales a la acusación e, incluso, a la misma dependencia de la acusación respecto del auto del art. 779.1-4, parece equiparar esta doctrina con la de la individualización en su interpretación más extrema, llegando a afirmar que la causa petendi en el proceso penal no es equivalente a la civil, que identifica con una calificación jurídica de modo erróneo (STS 10 de febrero de 2010). Huye, pues, de la calificación volviendo a remitirse a la teoría del hecho natural, pero sin hacerlo, pues, a la vez, entiende el hecho punible como un delito. Y es que la teoría normativa, propia del proceso

penal, responde a la de la sustanciación, entendida ésta como referida a un hecho jurídicamente relevante. Querer ver en la exigencia de tipicidad elementos de la teoría de la individualización, propios del proceso civil y de solo ciertas pretensiones, constituye un error de base.

Carecen de eficacia, para comprender la postura del TS, las sentencias dictadas con anterioridad a la reforma de 2002, incluso cuando algunas de ellas hubieran acogido la STC 186/1990, pues poco o nada tenía que ver la regulación del procedimiento abreviado en aquel momento con la vigente. La referencia a aquellas sentencias que hace cierto sector de la jurisprudencia menor, que las ubica en posición preferente, demuestra que la cita de resoluciones no es todo lo cuidadosa que debería ser y que, en ocasiones, es indirecta o fragmentaria, poco cuidadosa y menos elaborada[18].

Una lectura del anterior y derogado en 2002 art. 789, el precedente del actual art. 779, revela que la función del auto de conclusión de las Diligencias Previas tiene pocos parecidos en una y otra regulación, de modo que aplicar a la actual la doctrina surgida para un modelo poco similar, es cuanto menos un error y anteponer aquella doctrina a la vigente, grave. Sostener, por ejemplo, que este auto no equivale a una imputación formal, sino que es de mero trámite, de impulso procesal, debe ser valorado muy negativamente por lo que supone de aplicación de derecho histórico.

El auto del anterior y derogado en 2002 anterior art. 789 no constituía en realidad una resolución de imputación formal, aunque fue corregido por el TC en otro sentido, pero sin llegar a lo que hoy afirma el art. 779, pues las Diligencias Previas no eran equivalentes al Sumario. Como se recordará, la idea que presidió el procedimiento abreviado fue la de abrir el juicio oral sobre la base del atestado si era suficiente, otorgando al juicio oral un papel trascendental y eliminando la función de filtro de la instrucción y la fase intermedia. Bastaba la mera apariencia delictiva de unos hechos para abrir la siguiente fase. Esta situación, que rozaba la inconstitucionalidad, fue modificada sustancialmente en 2002, equiparando Sumario y Diligencias Previas en cierto modo, con funciones similares y dotando al auto de PA, como se conoce, del carácter de imputación formal similar al auto de procesamiento tal y como se comportaba en la práctica con anterioridad a la reforma del art. 118 por la Ley de 4 de diciembre de 1978.

---

18. El auto de la AP de Alicante, Sección Tercera, de fecha 7 de marzo de 2017, que copia casi literalmente la jurisprudencia referida a la regulación anterior, sentando una doctrina poco coherente con la legislación vigente y que fundamenta en decisiones que no son ya susceptibles de ser acogidas en aquellos aspectos que el legislador ha modificado sustancialmente.

Una confusión, pues, no acabada de superar por el TS, que no obstante critica las anteriores sentencias, que reside en no asumir con absoluta aceptación la reforma operada y los cambios trascendentales que ha supuesto. Ha avanzado, pero en algunos aspectos mantiene cierta indefinición y tendencia a no salir de posiciones que la ley no puede ya amparar.

Dos aspectos adicionales vienen a incidir en una doctrina que se ha calificado de compleja.

Por un lado, la relación entre el derecho a ser informado de la imputación en relación con el hecho punible determinado del auto de PA, cuestión a la que el TS se refiere manteniendo que no es lo esencial la calificación jurídica del hecho, sino que los hechos hayan sido comunicados en un estadio anterior dando al imputado la oportunidad de defenderse. Una contradicción ésta innecesaria pues el TS, cuando verifica los hechos de los que se ha informado, atiende a que sean los que constituyen el elemento de la tipicidad del imputado, la totalidad del mismo, es decir, no exige la calificación jurídica, pero sí que los hechos respondan a un delito, a un hecho calificado. Lo que se complica más cuando en sentencias que se citarán, vincula información de la acusación y defensa al hecho típico, a la calificación, pues entiende el debate contradictorio en relación con hechos y consecuencias jurídicas. La resistencia a exigir una calificación está en la base de una nueva disfunción, al menos en apariencia.

Y, en fin, por otro lado, el TS entra en una doctrina compleja cuando, tras negar la necesidad de tipificar los hechos, exige que las acusaciones se vinculen al hecho punible, al hecho delictivo en su identidad sustancial, lo que impone la necesidad ineludible de calificar esos hechos naturales que solo pueden ser objeto del proceso si son jurídicamente relevantes.

Necesario es, pues, realizar un breve recorrido por la doctrina del TS para comprender lo que se apunta en esta aportación y la necesidad urgente de generar una doctrina coherente internamente en todos sus aspectos evitando con ello que la jurisprudencia menor exceda en mucho lo que la misma ley permita. Cierto es, como ya se ha dicho, que el TS solo conoce de estos asuntos cuando se dicta un auto de sobreseimiento libre o cuando las acusaciones han excedido los límites objetivos y subjetivos del auto de PA, de modo que solo tangencialmente se refiere al contenido de esta resolución en lo que se refiere a su contenido ordinario. No obstante, bueno sería elaborar una definitiva doctrina, menos vacilante y uniforme para estos supuestos normales que ocupan la casi totalidad de las resoluciones que se pronuncian por los juzgados y tribunales.

3.1. El hecho punible como hecho jurídicamente calificado

El auto del art. 779.1-4 es calificado por el TS como una resolución de imputación formal judicial (SSTS de 13 de diciembre de 2007; 6 de octubre de 2016 y 5 de febrero de 2016 entre otras, así como Pleno no Jurisdiccional de 9 de febrero de 2003), como «juicio de acusación» en la sentencia de 5 de febrero de 2016, rechazando de este modo que se trate de una resolución de mero trámite frente a lo que disponía la doctrina anterior a la reforma de 2002.

Dicho auto ha de contener la determinación del hecho punible, operación que vincula a la acusación, que no es absolutamente libre al respecto, pues el objeto del debate lo controla el Juez de Instrucción (STS 10 de febrero de 2010). La limitación de la acusación, pues, es consustancial al papel del tribunal y de esta resolución, sin que sea aceptable afirmar, como se hace en el auto de la AP de Alicante, que la labor de las acusaciones no puede ser limitada por el Juez de Instrucción y que toda limitación equivalga a una sustitución de funciones ajenas.

El hecho punible que debe ser determinado es considerado como aquel que tiene relevancia para constituirse en un delito (STS 6 de octubre de 2015), la valoración jurídica de un hecho que tiene entidad para ser considerado delito (15 de junio de 2011). Y es el auto del art. 779.1-4 el que determina el objeto procesal al vincular a las acusaciones (STS 30 de mayo de 2003).

Esta doctrina es clara y no admite muchas interpretaciones. El TS equipara hecho a hecho punible, a hecho normativo, a hecho con entidad para constituirse en un delito, de modo que el auto no puede en modo alguno limitarse al señalamiento de un hecho histórico, sin referencia normativa, pues solo con esta remisión a la tipicidad es posible determinar un hecho punible. No hay otra forma de hacerlo.

No obstante esta posición, el TS da un paso que parece contradecirse con lo anteriormente sostenido y que está en la base de interpretaciones no compatibles con la ley y con el concepto mismo de hecho punible.

Entiende el TS que, aun siendo el hecho punible un hecho normativo, la ley no exige que el auto contenga una calificación jurídica (STS 6 de octubre de 2015), el cual solo debe limitarse a una relación de hechos (STS 30 de mayo de 2003), llegando la STS de 13 de diciembre de 2007 más lejos todavía al basar esta posición en el hecho de que el auto no debe suplantar la actividad de la acusación, si bien esta sentencia copia casi literalmente la muy criticada y anacrónica en ese momento de fecha 2 de julio de 1999.

No obstante, si se leen detenidamente estas resoluciones, aunque el TS sostenga que no es necesaria una calificación jurídica de los hechos, sí impone que estos sean jurídicamente relevantes, que contengan los elementos de un tipo penal, razón por la cual, en caso contrario, ordena el sobreseimiento, siendo esta postura coherente con la vinculación normativa que impone. En momento alguno, pues, el TS afirma que los hechos no han de ser determinados en su cualidad de punibles y menos aún, que los Jueces de Instrucción o las AP no analicen esa tipicidad de los hechos que, como punibles, han de estar tipificados. Esa conclusión a la que llega la AP de Alicante, como se verá, no tiene base alguna en la doctrina del TS.

Se entra así en una espiral de complicada solución. El TS, que sostiene que debe determinarse el hecho punible, que considera aquel que se constituye en un delito, no exige la calificación de ese hecho que, a su vez, debe determinar en su relevancia penal, afirmando que basta con una relación de hechos naturales. Pero, como se verá, de hechos naturales que han de ser típicos, pues lo que vincula al Fiscal es la tipicidad de la que no se puede apartar si se altera la identidad del hecho.

Lo que afirma el TS es un imposible, pues imposible es hablar de hecho punible sin calificarlo jurídicamente, en tanto solo es punible lo típico, entendiendo por típico lo que contiene todos los elementos de la tipicidad, no una parte. Si es así, carece de explicación que el TS no ordene calificar lo que debe ser calificado para emitir el auto, pues en otro caso debería dictarse un auto de sobreseimiento. Es decir, el Juez no puede prescindir de una calificación para determinar el hecho punible y transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado, siendo así, además, que esa calificación es imprescindible para valorar que las acusaciones no alteran el hecho del auto del art. 779.1-4, que no puede romper con la identidad de hecho con base en el derecho a un proceso con todas las garantías (STS 3 de mayo de 2016). Carece de justificación que la calificación sea necesaria en el razonamiento judicial, pero que se oculte al imputado, que se omita cuando es presupuesto del auto y presupuesto ineludible.

Y es que, como se ha dicho, el TS entiende que las acusaciones no pueden contener un hecho diverso al que consta en el auto, acogiendo a los efectos de comparación plenamente la teoría normativa. Y así, la STS 6 de octubre de 2015, expone que por hecho diverso hay que entender aquel que es susceptible de generar un delito distinto, lo que obliga, lógicamente, a comparar delitos, no hechos naturales en esa acepción meramente histórica. La STS de 10 de febrero de 2010 ordena que la acusación respete la identidad del hecho y la STS de 30 de mayo de 2003, reconduce esa identidad a la homogeneidad del bien jurídico y la de los hechos típicos de ambas acciones. Ni se puede acusar por hechos diversos incluyendo sucesos naturales no contenidos en el auto que

en sí mismos sean delitos, no meros elementos del imputado, ni alterar la calificación del hecho contenido en el auto de modo que se modifique aquel sustancialmente.

En resumen y reiterando lo dicho, el TS, para valorar la identidad del hecho, que no puede ser alterada por las acusaciones, acude a la teoría normativa y a los elementos que ofrece el art. 789.3, siendo la calificación absolutamente imprescindible.

El TS debería replantearse su postura, que genera situaciones de inseguridad y que, no obstante, podría, sobre la base de la que parte, proporcionar la necesaria y obligada coherencia en una materia tan compleja y sensible para los derechos de los imputados en tiempos en los que las instrucciones se prolongan años y los juicios orales concluyen con absoluciones que ratifican el logro que para algunos supone la pena de banquillo.

Debe rechazarse de forma rotunda la referencia al hecho natural desprovisto de toda significación jurídica. En esta fase y en cualquier otra. Ninguna ventaja proporciona mantener una teoría hace tiempo caduca.

Ha de acogerse plenamente el hecho normativo, con todas sus consecuencias y bien entendido, como hecho dinámico, no estático, en tanto la causa petendi del objeto procesal penal no es un delito, sino un hecho típico mutable en el marco de su identidad sustancial. Entender que no es el delito, sino el hecho típico dinámico, rompería con ciertas reticencias que siguen ancladas en la teoría de la individualización extrema que ni siquiera se aplica en el proceso civil salvo pretensiones muy concretas.

Acudir a esta teoría es ineludible para entender la iniciación del proceso y la información de la imputación bajo el vigente art. 118 LECrim. Conforme a los arts. 269 y 313 no es posible abrir un proceso penal si los hechos no son típicos, sin constatar en abstracto que los narrados coinciden con un tipo penal. No debe verificarse que existan en realidad, pero sí que se pueden subsumir los denunciados o querellados bajo una norma penal[19]. Y el art. 118 habla de información de un hecho punible, información que debe reiterarse cuando se produzca un cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados, no siendo posible entender ese cambio en los hechos sin una referencia a los elementos típicos del hecho punible que dio comienzo a la investigación. Solo desde la concepción del hecho como normativo se puede integrar

19. BACIGALUPO ZAPATER, E., «La noción de un proceso penal con todas las garantías», en VV. AA., *Derechos procesales fundamentales. Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 498-499.

esta norma que, en caso contrario, queda excesivamente abierta y sin un contorno jurídico claro y cierto. De ello se hablará posteriormente.

El hecho normativo, calificado aunque no vincule la concreta tipificación, es imprescindible para valorar las diferentes alternativas que ofrece el art. 779. Especialmente el sobreseimiento, que no queda limitado al libre por el motivo segundo del art. 637, extendiéndose al primero de este precepto y al art. 641.1. Sin calificación es imposible valorar el sobreseimiento como acredita la AP de Alicante que, al negar la tipificación de los hechos sostiene indirectamente la sola procedencia del sobreseimiento libre por el motivo señalado en el art. 637.2.

3.2. El derecho a la información de la imputación como posible explicación de la doctrina del TS

Muy posiblemente, la reacción del TS ante la necesidad de calificación de los hechos en el auto abordado tenga que ver con la posición mantenida en cuanto al deber de información de la imputación que delimita el contenido mismo de este auto.

No obstante, como se ha sostenido, la noción de que basta la información de un hecho natural para colmar el derecho de defensa en punto a esa información de la imputación no es admitida, aunque en apariencia pueda pensarse así. Sostener esta postura introduce elementos de distorsión en un sistema en el que la iniciación del proceso y la imputación requieren de la existencia de un hecho punible y que la información ha de ser reiterada o ampliada cuando, en la misma fase de instrucción, ese hecho punible esencial experimenta una alteración sustancial, que solo puede ser entendida como la constituida por otro delito distinto.

La información de la imputación no puede ser otra cosa que la de un hecho típico, un hecho natural con relevancia jurídica[20], un hecho en el que coincidan todos los elementos de la tipicidad, pues no cabe iniciar un proceso para investigar, prospectivamente, si un hecho no típico, no punible, puede serlo. Como sostiene De la Oliva[21], el proceso justifica la investigación, no al revés. Solo es posible admitir una denuncia o querella cuando el hecho puede ser

20. Y esa es la posición que ha mantenido el TC en su Sentencia 134/1986, de 29 de octubre que, aunque mantiene la teoría del hecho normativo, considera suficiente informar de los hechos, pero de los hechos que conforman el tipo penal de un delito determinado, el que se toma como referencia para la acusación y condena. «*El derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito*».

21. De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2003, p. 195.

subsumido en abstracto bajo una norma penal, de modo que la calificación de los hechos debe formar parte del derecho a la información de la imputación. No cabe operación judicial alguna sin esa operación intelectual y, de admitirse lo contrario, estaríamos abriendo la puerta a dos posibilidades inadmisibles: una, que el proceso tuviera como objeto un hecho no punible y se convirtiera en un método prospectivo de investigación más policial, que procesal; la segunda, que el juez, que realiza una valoración jurídica de los hechos, la ocultara al imputado sin sentido alguno.

En todo caso, se insiste en ello, aunque el TS limita en apariencia el cumplimiento del derecho a la información de la imputación a los hechos naturales, es cierto que en la realidad no actúa así, pues verifica y ordena que tales hechos naturales de los que se ilustra al imputado sean todos los que componen la tipicidad de los hechos. Lo mismo que se dijo anteriormente cabe reproducir aquí. Por un lado, se afirma que bastan los hechos sin calificación, pero, a la vez, por otro lado, para calibrar la protección del derecho se analiza la cantidad y cualidad de la información exigiendo que se haya ilustrado de todos los hechos típicos y, en este sentido, se afirma la vulneración del art. 779.1-4 cuando esa información ha sido incompleta o de un delito no idéntico al acusado[22].

Aunque en realidad lo que debe ser informado al imputado sea un hecho típico y ese elemento sea el que se valora a los efectos de verificar si el derecho se ha colmado, la negativa a comunicar la calificación jurídica de unos hechos, calificación que el Juez debe siempre atender al momento de imputar o controlar la imputación, carece de justificación. Y, en todo caso, de nuevo, se entra en una espiral de contradicción que no tiene sentido y que, al final, repercute de forma indebida en un ejercicio adecuado del derecho de defensa.

La cuestión se complica más aún cuando se toma conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la materia, pues cuando valoran el contenido del derecho a ser informado de la acusación, siempre y en todo caso ordenan que ésta tenga como contenido uno fáctico, los hechos típicos y otro jurídico, la calificación, llegando a afirmar el TC que el debate contradictorio ha de versar, para ser tal, sobre ambos elementos. Y todo ello al considerar —de nuevo se vuelve al tema—, que el hecho procesal es un hecho jurídicamente relevante.

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 225/1997, de 15 de diciembre de 1997, Recurso 4213/1994 «*Forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado*

22. Esa relación entre hechos y calificación puede verse en la STS de 9 de octubre de 2000.

de la acusación; también, ahora en el ámbito del derecho de defensa, la garantía de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le acusaba y de la que, por lo tanto, podía defenderse. Por "cosa" en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae "no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica"» [SSTC 12/1981, 95/1995, FJ 3.º].

3.3. Conclusión

En conclusión, no hay diferencia alguna real en la exigencia del hecho que conforma el objeto del proceso, el cual no es un hecho natural desprovisto de significación jurídica, sino un hecho punible, normativo, el que coincide con el supuesto de hecho de una norma penal aunque dinámico y cambiante dentro del respeto a su identidad y homogeneidad del bien jurídico protegido por los delitos acusado y condenado o imputado y acusado.

Teniendo la calificación jurídica un valor determinante para la misma cualificación del hecho como punible, siendo necesaria esa tipificación para valorar su relevancia jurídica o la necesidad de sobreseimiento de la causa o la misma competencia del tribunal y el procedimiento aplicable y siendo, en fin, la tipicidad elemento esencial para comprender el respeto del derecho a la información de la imputación-acusación, negar la necesidad de ilustrar sobre la calificación jurídica que no es prescindible ni siquiera a efectos teóricos o afirmar que el auto del art. 779.1-4 no ha de contener la tipificación del hecho punible que debe determinarse, es inexacto del todo punto, un imposible jurídico y constituye una grave infracción de derechos y una alteración del sistema procesal acusatorio.

Basta para concluir este apartado con la reproducción de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 66/2000 de 28 de enero de 2000, Recurso 1432/1998, clara en orden a comprender cómo se ha de entender el hecho desde una perspectiva procesal.

«*Conviene recordar que, desde el punto de vista de los hechos objeto de acusación —que es el aspecto del principio acusatorio que aquí nos interesa— lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de una acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales fijados normativamente y que integran el tipo penal a aplicar, lo que quiere decir que del hecho de la vida objeto del proceso penal han de tomarse en cuenta y ser fijados en el momen-*

to de la acusación aquellos extremos fácticos que integran el sustrato de los distintos elementos típicos que componen el precepto penal cuya aplicación se solicita y las circunstancias influyentes en la responsabilidad del acusado, así como la identificación de las personas a quienes se imputan tales hechos (Sentencias de 14 y 23 Ene. 1993). Son éstos los elementos sustanciales que no deberán ser alterados por el Juez que puede, sin embargo, matizarlos o completarlos incluyendo otros datos colaterales o esclarecedores siempre que no impliquen cambio de calificación resultando por ello neutrales para el fallo (Sentencia de 22 Dic. 1993). En el mismo sentido la Sentencia de esta Sala de 2 Abr. 1998 declara que la base fáctica de la acusación vincula al Tribunal de modo que no puede introducir en la Sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación, fuera de simples modificaciones de detalle conforme a la prueba practicada y en aras de una mayor claridad expositiva o comprensión de lo ocurrido, pero sin traer sorpresivamente a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de la acusación, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la agravación de la responsabilidad, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tendría oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa».

Y, finalmente, por su expresividad, el auto del TS, dictado en fecha 1 de abril de 2011, que supera toda esta discusión con razonamientos lógicos que eluden toda contraposición entre hecho natural y hecho punible, que debe siempre ser analizado atendiendo a una calificación jurídica aunque sea cambiante. No se acaba de entender que esta doctrina, tan clara y simple, no haya sido mantenida y se continúe en un proceso complejo que conduce a confusión innecesaria.

«*El objeto del proceso es un hecho, pero un hecho tipificado en una norma penal.*

Para la acotación de los hechos ha de operarse siempre con normas que actúan a modo de filtro o tamiz, escaneando el instructor por medio de la norma los hechos brutos que figuran la causa y extrayendo los que considere relevantes para la evolución del proceso penal. Esa normativización de los hechos naturales ha tenido ya lugar "de facto" previamente —sin una resolución formalizada— con motivo de la primera imputación que hace el juez instructor: la declaración del imputado regulada en el art. 775 de LECr. como materialización legislativa de las exigencias de la STC 186/1990.

La determinación o concreción de los hechos en el auto de transformación, tras concluirse la instrucción, ha de ser, pues, contemplada como la segunda ocasión procesal en que el instructor concreta, selecciona o filtra los hechos en el proceso penal. El tercer episodio en el discurrir del proceso en que el instructor

criba los hechos y les da curso como posible objeto de la acusación tiene lugar en el auto de apertura del juicio oral. Pero en este caso será ya un control o concreción más bien en negativo que en positivo, debiendo limitarse el instructor, en su caso, a excluir a través de las diferentes modalidades de sobreseimiento los hechos o las calificaciones jurídicas que propusieron incorrectamente las acusaciones.

La determinación del objeto del proceso en el auto de transformación ha de abarcar todos los hechos, aunque sea de forma sintética, que sean necesarios para configurar la tipificación penal, tanto en su modalidad básica como en la agravada o en la atenuada, incluyendo, pues, los elementos nucleares del tipo que se le atribuye al encausado. Por lo cual, aunque la ley no haga referencia expresa a la calificación jurídica (art. 779 LECr.), debe también plasmarse en el auto de transformación, pues es la aplicación de la norma penal la que precisamente permite concretar los hechos objeto del proceso a través de su valoración jurídica. Si se está operando mentalmente con una norma penal sustantiva y si esta es la que delimita y acota el perímetro de los hechos que han de conformar el objeto del proceso, resultaría una incongruencia no transcribir esa norma en el auto. Ello no quiere decir que esa tipificación precondicione la calificación jurídica definitiva, pues siempre podrá modificarse cuando ello no suponga la alteración del sustrato fáctico sustancial de las imputaciones.

Por lo demás, el propio artículo 779.1.4ª LECr. exige para proseguir el procedimiento por los trámites del juicio abreviado que el hecho constituya un delito de los comprendidos en el art. 757 de la referida ley. Ello requiere que se concrete el auto de transformación el tipo penal sustantivo imputado, al ser la única forma factible de comprobar la correcta adecuación del trámite procesal a las cuantías punitivas del delito específico que se pretende enjuiciar.

Por consiguiente, sería incurrir en una contradicción injustificable que, siendo palmario que el juez instructor precisa de la aplicación de normas penales sustantivas, tanto para seleccionar los hechos objeto del procedimiento como para determinar cuál es el proceso a seguir, oculte a las partes cuál es el sustento jurídico de ese razonamiento sobre la tipicidad indiciaria. Pues, obviamente, si no especifica el tipo penal en el auto es patente que las deja indefensas, dado que no podrían cuestionar si la transformación del procedimiento es acorde o no a derecho, tanto desde una perspectiva sustantiva como procesal.

El deber de motivar las resoluciones, comprendido dentro del derecho fundamental del querellado a la tutela judicial efectiva, impone al instructor la transcripción en el auto de los razonamientos jurídicos imprescindibles que le llevaron a delimitar unos hechos concretos como objeto del proceso y un procedimiento determinado como trámite a seguir.

El instructor no alberga ninguna duda de que en el caso de que se hubiera limitado a plasmar en el auto las resoluciones del querellado que integran el objeto del proceso sin fundamentar su subsunción en tipo penal alguno ni aportar las razones del juicio de tipicidad indiciaria, el recurrente habría alegado indefensión, alegato que habría que considerar acorde a derecho y pleno de razón.

De otra parte, y abundando en la misma línea del derecho de defensa del querellado, si se sopesa que el único momento en que se puede recurrir ante la Sala el contenido de las imputaciones y la configuración del objeto del proceso es con motivo de dictarse el auto de transformación del procedimiento, toda vez que en la secuencia posterior de la apertura del juicio oral ya no cabría cuestionarlas por medio de los recursos ordinarios, deviene obvio que cuantos más datos fácticos y jurídicos se concreten en el auto de transformación mayores serán las posibilidades de la parte para ejercitar su derecho defensa en orden a evitar la llamada "pena de banquillo", incrementándose así sus garantías procesales.

…Y así lo ha mantenido la jurisprudencia, que exige la presencia de hechos típicos, aunque la calificación no vincule y pueda ser modificada, siempre y cuando la acusación quede sujeta a los hechos sustanciales que constan en la resolución del art. 779 y la alteración de la calificación se mueva en el marco del art. 789.3 LECrim».

La lectura de este auto, dictado por el TS en el marco de su propia competencia, en un recurso de reforma en causa que conocía, no en vía casacional y limitada, debe servir para reflexionar sobre la interpretación que se hace de la doctrina desarrollada en asuntos en los que conoce cuando la materia es solo tangencialmente la que en esta aportación se aborda.

Trasladar mecánicamente la jurisprudencia que se elabora cuando el objeto del recurso extraordinario es otro distinto y hacerlo incluso tomando como referencia sentencias dictadas bajo una legislación no vigente, es la causa que lleva a resoluciones como la dictada por la AP de Alicante. No obstante, sin duda alguna, el TS debe unificar sus posiciones y mantener una línea más armónica que no propicie situaciones tan absolutamente dispares como las que permite una orientación que, demostrado queda, no es la que la Sala mantiene cuando de dictar este auto del art. 779.1-4 se trata.

Una reforma de la ley es necesaria y una reforma que precise, con un alto grado de determinación, las exigencias del contenido de la imputación inicial, sucesiva y formal, pues la práctica se ha demostrado reacia a permitir la penetración del derecho de defensa en el proceso penal y la permanencia de ten-

dencias inquisitivas que solo el legislador puede superar con normas que dejen escaso margen a la interpretación. Máxime en tiempos en los que la deriva hacia formulaciones anacrónicas e incompatibles con el modelo democrático, está recuperando terreno.

4. La naturaleza y funciones del auto del art. 779.1-4 LECrim

Tras lo comentado en las páginas precedentes, completar este epígrafe es tarea que resulta sencilla si se adoptan como criterios válidos los expuestos acerca de la identificación del objeto del proceso penal con el hecho normativo. Si así se hace y se acepta el modelo español de instrucción, las conclusiones no pueden ser otras que las que la misma jurisprudencia y la doctrina atribuyen a esta resolución fundamental en el marco del procedimiento abreviado. Por el contrario, si se actúa en el marco de un proceso penal diferente, desconociendo la armonía que debe existir en el sistema, si se aplican normas no vigentes de forma indirecta y se integra cada precepto con independencia de los que se relacionan directamente con el abordado y, a la vez, se rechaza el hecho procesal como normativo aunque se afirme la adhesión a una determinación que la ley impone, los resultados serán otros, diametralmente distintos. Actuar al margen de la ley es crear derecho, no interpretarlo y vulnerar derechamente lo establecido en el art. 117 CE.

El auto del art. 779.1-4 constituye hoy y no se discute, una imputación formal judicial, que integra un juicio de probabilidad acerca de una posible responsabilidad penal por hechos punibles determinados (STS 13 de diciembre de 2007). Hechos punibles determinados y que este auto debe concretar, pues así se ordena por la norma.

Conforme al art. 299 LECrim, de aplicación a las Diligencias Previas, la finalidad del sumario es la de averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, no de conductas no punibles, lo que supone, según expone Bacigalupo[23] que en la instrucción ha de verificarse la existencia del hecho punible que fue imputado, ha de constar una actividad suficiente de la realidad de los hechos y de su completa, que no parcial, tipicidad. Frente a la mera constatación inicial de que los hechos, no comprobados, pueden ser subsumidos en una norma penal, que son en abstracto típicos, la instrucción debe constatar su existencia en términos de probabilidad, pero probabilidad acreditada y plena en relación con todos los elementos del tipo. Y es que si los hechos no son típicos o no se puede

23. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 498-499.

justificar su perpetración debidamente, debe dictarse el sobreseimiento provisional conforme al art. 641.1.

Y ese sobreseimiento provisional procede cuando no se acredita de forma bastante la comisión del hecho delictivo, cuando falta la justificación de su elemento fáctico, es decir, cuando no se constata no tanto el hecho natural, sino el comportamiento delictivo, el supuesto de hecho penal[24]. Afirmar lo contrario, esto es, que comprobar la tipicidad y la realización de cada elemento que lo compone es tarea del juicio oral, no es acorde con la ley y fomenta la llamada pena de banquillo.

La función de este auto, como imputación formal que es, reside en determinar unos hechos punibles que la instrucción ha constatado en su tipicidad y en su realidad, aunque sea en términos de probabilidad, pero tras apreciar que se trata de hechos jurídicamente relevantes desde un punto de vista penal y que tienen un soporte objetivo que acredita esa relevancia.

De ahí que la jurisprudencia sostenga que este auto constituye una suerte de juicio de acusación que evita la llamada pena de banquillo (STS 5 de febrero de 2016), que sirva para impedir posible acusaciones infundadas (STS 21 de diciembre de 2012) y que solo puede dictarse cuando no sea procedente el sobreseimiento en los distintos modos que el art. 779.1-1 permite apreciar o, mejor dicho, obliga a valorar, con anterioridad a emitir esta resolución de imputación (STS 22 de septiembre de 2006). Debe realizarse siempre un juicio de razonabilidad de la acusación, de su éxito, siendo así que negarse a entrar en esta valoración no sólo infringe la ley, sino que fomenta la celebración de juicios orales injustificados[25] .

Serra[26] llega a afirmar que la función de la instrucción es la de descubrir si es posible iniciar o no el proceso penal, equiparando el término «juicio» del art. 299, a «proceso».

La imputación formal que contiene este auto cumple una doble función: una positiva, que incluye la determinación de los hechos punibles, y, otra, negativa, que se traduce en una limitación de tales hechos punibles que pueden ser objeto de acusación, cerrando el juicio oral a aquellos no contenidos en el juicio oral e, incluso, evitando éste cuando se ordene el sobreseimiento.

---

24. Villamarín López, M. L., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Sevilla, 2003, pp. 187 y ss.

25. *Vid.* ATS de 23 de marzo de 2010 y ATSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de noviembre de 2008.

26. Serra Domínguez, M., «La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 717.

En este sentido, no es discutible, ni supone alteración alguna del modelo procesal vigente, que el Juez vincula a la acusación con esta trascendental decisión. No suplanta la acusación en modo alguno como se quiere decir en ocasiones de modo excesivo (STS 13 de diciembre de 2007), sino que la delimita cuando la permite al no adoptar decisiones que la impidan. Algo, además, normal en otros sistemas procesales y en el nuestro. Por ejemplo, en el procedimiento ante el Jurado (arts. 33 y 36). Como llega a sostener el TS en su sentencia de 3 de mayo de 2016, en el sistema procesal penal español actual la acusación precisa de una previa autorización judicial como consecuencia del derecho a un proceso con todas las garantías, que en este punto expresa la división de poderes en el proceso penal. La acusación no es libre absolutamente, sino que está condicionada a una previa determinación judicial (STS 10 de febrero de 2010).

Es, pues, un error considerar que la actividad de delimitación de la imputación con efectos vinculantes para la acusación no es propia del sistema y que el auto del art. 779.1-4 no puede limitar la acusación. Una afirmación que ni la ley, ni la jurisprudencia sostienen y cuya afirmación entraña siempre una cierta alteración de las bases del proceso penal. El Juez limita la acusación en punto a los hechos punibles y, por tanto, a su calificación, pues unos y otra deben permanecer en el marco de la identidad sustancial y la homogeneidad respecto de lo imputado.

Sostener la plena libertad de las acusaciones en una interpretación contraria a la jurisprudencia del TS y al art. 789.3, de aplicación exacta, así como al art. 118 en el modo en que está redactado actualmente significa que la acusación es libre y no puede ser controlada judicialmente salvo de modo muy excepcional. La falta de tipificación de los hechos o la falta de control de dichos elementos típicos abre la puerta a que el juicio oral se convierta en un espacio en el que se diluciden meros asuntos no penales, pero sí relevantes en otros aspectos de la vida[27].

Pero, es más, es que el Juez, al momento de emitir este auto también está limitado por los hechos punibles que hayan sido objeto de información y ofrecida la posibilidad de defensa. Tampoco es absolutamente libre.

En resumen, el proceso penal, por los intereses en juego, se resuelve en un mecanismo de controles, de poderes y contrapoderes en el que nadie es plenamente libre en su actuación cuando se trata de órganos del Estado, pues el proceso mismo supone una forma de sujetar a ese Estado a una forma de comportamiento evitando los excesos en materia tan sensible.

---

27. Al respecto, el TS, en su auto de fecha 16 de julio de 2013, advirtió del riesgo de procesos penales cuyo objeto fuera el reproche moral o conductas de esta naturaleza.

La defensa limita al Juez en la imputación, impidiendo que impute aquello que no haya podido ser objeto de refutación; el Juez de Instrucción controla a las acusaciones mediante una imputación determinada; y, el tribunal, controla a las acusaciones en la sentencia que, a su vez, no puede exceder de lo exactamente acusado. Todo se construye alrededor de un mismo concepto, el esencial para esa función de controles mutuos, el hecho punible, que circunscribe las funciones de cada órgano público y garantiza la defensa. El hecho punible permite abrir el proceso, imputar, acusar y condenar. El hecho indeterminado permite situaciones incontroladas que posibiliten los excesos de poder, los procesos prospectivos con fuerte presencia policial y predominio de su actividad sobre la procesal, los juicios paralelos, los juicios sin más sentido que el cumplimiento de fines espurios y, en fin, una Justicia ajena a su función constitucional tan peligrosa en tiempos en los que la comunicación tiene como base el efecto inmediato en el ciudadano.

El art. 779, coherente con el modelo y la esencia de un sistema acusatorio y democrático, no siempre bien entendido, es el resultado de una instrucción que se caracteriza por la contradicción y en la que no pueden los hechos ser investigados sin la intervención de la defensa. Siendo divisible como lo es en la fase de instrucción y no sujeta a un objeto determinado, debe, sin embargo, asegurar que todo cambio en el objeto inicial pueda ser debatido y rebatido. Y el Juez, al término de las Diligencias Previas, ha de valorar los hechos punibles que han sido objeto de contradicción efectiva y la constatación suficiente en esa fase de la tipicidad de los hechos. Una función negativa y positiva como se ha dicho y una función que no difiere de la que cumplen los Jueces de Garantías en los modelos en los que dirige la investigación el Ministerio Fiscal, pues la acusación es controlada en ellos negativamente por la autoridad judicial abriendo el juicio oral o no, según proceda o no el sobreseimiento o limitando la acusación a determinados hechos con exclusión de otros.

5. El auto de la AP de Alicante, como manifestación de la alteración de la naturaleza del auto del art. 779.1-4 LECrim. Su carácter inquisitivo

Tras la exposición de las cuestiones más trascendentales de la materia abordada, es el momento de desarrollar de forma concreta el análisis y crítica del auto de la AP de Alicante que encabeza el título de esta aportación.

Y, como premisa, es necesario reflejar, literalmente, algunos de sus apartados, aquellos que encierran la doctrina de la AP y que llevan a una posición que puede ser calificada de inquisitiva en tanto vulneradora del derecho de defensa

y de la igualdad entre las partes, así como infractora del derecho a un proceso con todas las garantías en palabras del TS.

Parte el auto comentado de considerar que el hecho procesal es el hecho normativo, lo que se desprende de la cita de doctrina del TS al respecto. Pero, concluye «*la determinación de los tipos delictivos que delimitan el enjuiciamiento no es competencia del instructor, sino que corresponde a los acusadores*». Si bien, añade complicando lo dicho: «*cuestión distinta sería la voluntad de los acusadores de introducir en sus calificaciones hechos nuevos y distintos de aquellos que fundamentan la imputación*», lo que debe entenderse, como el propio auto dice, en el sentido de no acusar por un hecho diverso que considera «*el que tiene por sí relevancia para dar lugar a un determinado delito*». Compleja esta conexión entre hecho no calificado y vinculación a un hecho que ha de serlo para apreciarse en su identidad sustancial.

Y termina la AP con afirmaciones más complejas. «*El análisis de la tipicidad de las conductas imputadas solo sería relevante cuando el Instructor describiera una conducta que, manifiestamente, no es típica o cuando la norma penal de aplicación, determinara la necesidad de reconducir las diligencias a un trámite distinto*». Lo que le lleva a concluir la auténtica finalidad de «su» teoría. «*…la presente resolución (apelación) se va a centrar en analizar la disconformidad de las partes con los antecedentes fácticos del auto dictado por el Instructor y en la existencia de indicios que justifiquen la imputación».* Esto es, una mera comprobación del hecho natural, sin referencia normativa alguna y atendiendo a los indicios que generan sospechas de que tales hechos, no punibles incluso, hayan existido. Pues, no se trata de verificar si concurren en el caso los referidos indicios que cubran la plena tipicidad del hecho imputado, lo que se ha descartado al negar el examen de esa tipicidad, sino únicamente, si existen esos indicios genéricos que revelen sospechas acerca de la presencia de un posible delito, no tipificado.

La complejidad de la resolución que se comenta es tal que sus contradicciones internas, derivadas del uso conceptual de elementos procesales básicos con excesiva libertad, lleva a un difícil o imposible entendimiento de los fundamentos de la doctrina de la AP de Alicante. No hay una razón jurídica coherente, que ofrezca armonía interna a esta posición, antes al contrario, profundamente incierta, tanto que toda explicación jurídica debe ceder ante pretensiones de otra naturaleza que laten en una formulación inadmisible desde el punto de vista no sólo conceptual, sino del rigor que debe mantener una doctrina tan evidentemente opuesta a las determinaciones legales y jurisprudenciales.

Veamos, paso a paso, el desarrollo argumental de la resolución y sus contradicciones y efectos.

5.1. Presupuesto del que parte

Parte, como se ha dicho, la AP de Alicante de la noción de que el hecho procesal no es hecho natural desprovisto de significación jurídica, sino un hecho normativo. Ninguna duda hay al respecto a la vista de las reiteradas alusiones al hecho punible, al hecho diverso, a la identidad del hecho sustancial y a la homogeneidad delictiva. Es correcto, pues, el punto de partida.

5.2. Primera contradicción

No obstante considerar el hecho procesal como hecho normativo, punible y estimar que hecho diverso es el que da lugar a otro delito, afirma tajantemente que el auto del art. 779.1-4 no debe calificar, es decir, tipificar los hechos, pues ello supondría sustituir a la acusación en su función de dotar de relevancia jurídica a unos hechos que, por ello, para la AP, ya son naturales, históricos. Los altera en ese devenir de un momento a otro. Combina teorías no equivalentes usando una u otra según se adapten a sus presupuestos y decisión previa que se quiere justificar, no la derivada de la ley y los conceptos que la presiden. Pues, es evidente, la no calificación o tipificación supone alterar el punto de partida y considerar que el hecho determinado ha de ser un hecho puramente natural. Y es que, obviamente, si no se tipifica, es imposible que el hecho adquiera relevancia jurídica en relación con un supuesto de hecho normativo que no cabe apreciar. Salvo que, como dice el TS (ATS 1 de abril de 2011), esa tipificación se oculte a las partes.

Tómese nota de una afirmación que posteriormente se desarrollará en lo que constituye otra contradicción. Afirma la AP que no debe calificarse el hecho para no sustituir a las acusaciones, pero, como a su vez no tiene más remedio que sostener, éstas están vinculadas a un hecho típico que no puede ser alterado en su identidad sustancial, que es normativa.

5.3. Segunda contradicción

No obstante haber afirmado que el Instructor no debe tipificar, calificar, los hechos, dice exactamente lo contrario en los fundamentos aquí reproducidos literalmente. En efecto, consciente de que esta posición es insostenible en su exposición extrema, entiende que la tipificación opera en un doble nivel, para sobreseer libremente y para analizar, atendiendo al delito imputado, la adecuación del procedimiento abreviado a tales hechos normativos.

Esto es, tras afirmar que el hecho no debe ser tipificado, impone esa tipificación a los meros efectos de dos consecuencias; una, el sobreseimiento libre,

con exclusión del provisional y del motivo del art. 637.1, que la AP ignora; otra, el procedimiento aplicable, para el cual, expresamente, ordena atender a la norma penal de aplicación.

Lo no típico o no tipificable para no sustituir a la acusación o negar su derecho a acusar, debe ser tipificado, pues estas operaciones precisan de una operación que, anteriormente la AP, ha manifestado se opone a la función del Instructor e invade el ámbito de las acusaciones. Del hecho típico como regla general, se pasa al hecho natural también como norma, pero, inmediatamente, se transita al hecho normativo como excepción.

Entra la AP en una situación tan absolutamente incierta, como incomprensible e imposible. Porque, si el Instructor no debe tipificar los hechos, no se puede entender que deba hacerlo para otros fines y que la AP haga lo propio para valorar los aspectos que destaca. Una tipificación, pues, que se ordena, aunque se niega, pero selectiva, incluso reduciendo las prescripciones del art. 779.1,1.

Una paradoja puede producirse. Porque si la AP entiende que el Juzgado no debe tipificar, en el caso de que no se haga y entienda aquella en apelación que debe sobreseer o alterar la calificación para apreciar la procedencia de otro procedimiento, será la misma AP la que procederá a tipificar lo que no ha sido anteriormente por el Juzgado, es decir, estará introduciendo una calificación de oficio. Y de este modo no solo estaría condicionando a las acusaciones al negarles su derecho sobre la base de una valoración novedosa, sino que sustituiría al Instructor en su competencia. No hay otra posibilidad, pues, si se recurre el auto, que tipificar a los efectos de valorar la procedencia de estas dos concretas pretensiones que la AP considera propias de este momento procesal, aunque no se haya hecho antes y los imputados no hayan sido informados de un tipo penal determinado.

Otra laguna en esta teoría que acude o rechaza el objeto normativo según el momento procesal y la finalidad que se atribuye a la apelación en este caso concreto que tantas dificultades suele acarrear en la vida práctica ante instrucciones injustificadas en el tiempo y en los sujetos y objetos.

5.4. Tercera contradicción

Tras haber vuelto sobre sus pasos y exigido la tipificación de los hechos, aunque limitada y oculta, termina afirmando que la misma carece de eficacia para la «determinación del hecho punible», que debe ser, dice ahora otra vez, ajeno a toda calificación una vez despejado que no cabe sobreseimiento libre y que el delito (hecho normativo) es materia propia del procedimiento abreviado. Para la

AP, en lo que constituye el fundamento o fin que preside su teoría, no debe la AP controlar que el hecho imputado es punible, que constan todos sus elementos y que se han constatado en su realidad aunque sea en términos de probabilidad. Esa es la clave de todo su desarrollo, artificial, pero necesitado de una nueva conversión de lo jurídico en normativo, regresando de nuevo ahora a lo natural.

En realidad, lo que la AP viene a decir es que, la tipicidad no obliga al Juez y a la AP a verificar si la conducta es típica, que el auto no debe contener un hecho punible constatado en su probabilidad, bastando con que aparezcan hechos que contienen indicios de delito. Si bien, no explica la AP qué es un indicio de delito sin tipificación de las conductas. O, lo que es lo mismo, combinando esta teoría con la atribución a la acusación de su función de acusar sin límite alguno, si el hecho punible determinado es un hecho con apariencia de cualquier delito de los existentes en el Código Penal, aunque sea parcialmente —lo que daría lugar a un hecho no punible—, o, incluso, por qué no, de indicios de conductas sospechosas desde puntos de vista éticos o reprobables. Porque eso es lo que dice la AP, llegando mucho más lejos que el TS que sostiene lo contrario, que el auto del art. 779.,4 no ha de contener un hecho determinado y punible, un hecho típico, pues los tribunales no han de tipificar esos hechos al momento de realizar la imputación formal que esta resolución contiene. El Juzgado debe limitarse a transcribir unos hechos indiciariamente delictivos per se, por su apariencia externa, por las sospechas que inspiren, no por coincidir en su totalidad con un tipo penal y debidamente constatados en su existencia, aunque sea en términos de probabilidad. Y la AP, y ahí está la clave, no ha de entrar a valorar esa tipicidad, bastando con que aprecie que existen indicios genéricos o parciales de cualquier actividad delictiva. No de un tipo, el imputado, pues afirma que los hechos no han de ser tipificados. Y esa es una declaración que hace expresamente.

Como antes se comentó, excede con mucho lo manifestado por el TS que, aunque considera innecesaria la calificación jurídica de los hechos, no hace lo mismo con la exigencia de su tipicidad completa, ordenando el sobreseimiento que corresponda en caso contrario. El paso que da la AP aprovechando una posible fisura que deja el TS, es excesivo e injustificable.

Ignora e inaplica el sobreseimiento provisional y el libre por el motivo primero del art. 637.1 y niega que deba determinarse un hecho punible, bastando con que aparezcan «indicios de una actividad aparentemente delictiva», indicios de algo que podría ser algún delito, pues la tipicidad deja de tener relevancia en este momento. Una grave infracción de la ley que ordena determinar el hecho punible y que obliga a sobreseer por las causas que establece, no solo el sobreseimiento libre, aunque la AP de Alicante llegue a tal conclusión por aplicación de una jurisprudencia anterior a la reforma de 2002. Quince años más tarde

parece aplicar en buena parte la legislación derogada. De ahí planteamientos tan contradictorios, al mezclar regulaciones por la copia fragmentaria de resoluciones correspondientes a situaciones legales no iguales.

Para la AP, como se verá, el auto no debe imputar formalmente en tanto considera que corresponde a la acusación esta función. Y, por ello, niega la necesidad de tipificar los hechos punibles. Pero, no sólo niega esta función positiva, la de imputar un hecho punible, sino que limita extraordinariamente la negativa, pues, en realidad, al no tipificar los hechos, solo contempla como posible el sobreseimiento libre de los hechos, nunca el provisional al amparo del art. 641.1, al que se refiere expresamente el art. 779.1, que desconoce, que ignora y que obliga, como es sabido, a que en este momento procesal se constate la existencia en términos de probabilidad, no de certeza, de los elementos fácticos de una norma penal. No puede haber sobreseimiento provisional sin tipificación; es un imposible teórico y práctico.

Y así se entiende que se manifieste que solo cabe el sobreseimiento cuando los hechos, manifiestamente, no son constitutivos de delito, es decir, cuando sea de aplicación el art. 637.2, no el 637.1 y sin que sea posible acudir, como ordena la norma, al art. 641.1, pues esa decisión exige la tipificación del hecho y el análisis de la tipicidad de las conductas, una calificación imprescindible.

Tan serio es lo que se mantiene, que la AP de Alicante, su Sección Tercera en este caso, en auto de fecha 7 de marzo de 2017, llega a afirmar que el momento idóneo de control de las imputaciones y archivo en su caso, no es el del auto del art. 779 a pesar de que el apartado 1,1 es meridianamente claro, sino uno anterior, constante la instrucción y que debe ser ahí cuando el Juez decida el sobreseimiento que corresponda o, finalmente, en el trámite del art. 783. Pero, la AP considera que nunca debe hacerlo la Audiencia Provincial en sede de apelación. O, al menos, no considera, contra la ley, que este sea el momento procesal oportuno o adecuado. Grave posición que es absolutamente contraria a la ley y a la jurisprudencia.

Llama la atención que se pueda sobreseer antes, en tránsito de la investigación que ha de culminar con un hecho determinado y no en el momento en que ese hecho ha de ser determinado por imperativo legal (art. 779.1-1), momento en el que la ley obliga al examen que la AP rechaza prefiriendo otro en su lugar, aunque la ley opte por éste. En todo caso, las preferencias y las opciones personales o colectivas no deben guiar las actuaciones de los tribunales, sino la ley. Y la ley es clara y no admite interpretaciones en este punto. Y un auto no es lugar para inclinarse por preferencias u opciones personales y menos para hacerlas valer sobre lo único que debe fundamentar una decisión judicial, la ley.

Y, naturalmente, en fin, siguiendo con el comentario a la resolución que se trata, tras mantener que el hecho punible, en este momento procesal, ha de ser un hecho natural y negarse a determinarlo en su tipicidad, concluye afirmando que la función de la apelación no es otra que la de valorar la disconformidad de las partes con los antecedentes puramente fácticos del auto recurrido y la existencia de indicios de esa imputación que considera estrictamente fáctica. Una limitación severa del recurso de apelación, ordinario, que convierte en extraordinario contra, de nuevo, la ley y la jurisprudencia, por la vía de restringir su objeto a una interpretación no coherente con lo legalmente establecido.

5.5. Cuarta contradicción

El auto entra en contradicción consigo mismo de nuevo cuando de desarrollar el grado de vinculación de las acusaciones a la imputación se trata. Obviamente, si el hecho procesal fuera un hecho natural, no normativo y si la tipificación careciera de efecto, el resultado sería el de comparar los hechos naturales entre sí, los narrados en el auto del art. 779.1-1 y los que sirvieran de base a la acusación, ilimitados en el sentido expuesto por las carencias de la teoría del hecho natural.

La AP de Alicante es consciente de ello y, tras haber sostenido que el hecho procesal es el normativo, rectificado luego entendiendo que no debe ser tipificado, volviendo a cambiar de opinión al asumir dicha calificación como obligada para valorar ciertas conductas y terminando con otro cambio de opinión en relación con la determinación del hecho punible, que considera el hecho no tipificado, ahora da un nuevo paso adelante y vuelve al concepto de hecho normativo para valorar el grado de vinculación de las acusaciones con la imputación, regresando en otra operación intelectual incomprensible por su falta de coherencia, al hecho normativo.

Y así, partiendo de que ha estimado que el hecho no debe ser tipificado, entiende que la acusación no podrá serlo por un hecho diverso, que es el que da lugar a un delito distinto, es decir, no podrá basarse en un hecho no idéntico sustancialmente, ni que contenga un bien jurídico no homogéneo. Ni, por supuesto, por hechos no imputados que sean delitos, hechos diversos, si no han sido incorporados al auto del art. 779.1-4.

Lo que sucede es que la AP, tras negar la necesidad de tipificar (sobre todo de controlar esa actividad) aprecia la imposibilidad de llevar a efecto esa comprobación si no se han tipificado los hechos, pues la comparación entre hechos normativos comporta siempre la de los tipos delictivos para valorar el grado de identidad parcial exigido por la homogeneidad. Salvo que se quisiera decir y

sostener que el auto no debe tipificar, pero que los hechos han de ser típicos, aunque sin referencia a una norma penal, una norma penal que está en la mente de todos, que produce efectos, pero que se oculta deliberadamente, aunque es plenamente eficaz a todos los efectos.

Porque, es evidente, este nuevo salto en el aire precisa de un hecho normativo y la AP de Alicante entiende que no debe serlo, aunque sí para algunos efectos y no para otros según su íntima convicción, que puede desembocar en situaciones que lleven a cierta discrecionalidad, peligrosa en el ámbito del proceso penal.

5.6. Conclusiones

En realidad, el fundamento de la resolución que en esta breve aportación se analiza reside en una errónea consideración de la naturaleza jurídica del auto del art. 779.1-4, del hecho punible como objeto del proceso penal y de las funciones de cada órgano en el proceso penal, creando una realidad diferente a la vigente y a la que el TS proclama en sus resoluciones más próximas. El auto de la AP de Alicante no se compadece con el sistema procesal penal español y crea una realidad alternativa, para lo cual debe afectar la esencia no solo conceptual que está en su base, que desconoce, sino la misma legalidad, inaplicando normas de manera expresa.

En realidad, si se considera detenidamente, el auto, a pesar de que alude a su naturaleza de imputación formal, lo considere un acto de mero trámite[28] que debe constatar para su emisión la presencia de simples indicios de una actividad que, en tanto no tipificada, tampoco puede controlarse que sea delictiva. Basta a la AP con la presencia de elementos de los que derivar una sospecha de algún comportamiento que en abstracto sea delictivo, total o parcialmente, para que proceda impulsar la apertura del juicio oral. No es imputación, olvida la AP, la que no versa sobre un hecho punible y éste solo puede ser un hecho tipificado. Los razonamientos que la AP expone para justificar que el hecho no debe ser calificado, son simples manifestaciones que tienden a justificar una previa decisión, cual es que la AP no ha de controlar, en apelación, la decisión judicial de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, que este control no es pleno, cual impone el recurso de apelación, sino

28. Este auto es reflejo de una posición de la AP de Alicante, existiendo resoluciones mucho más graves, como el auto de la Sección Tercera de fecha 7 de marzo de 2017, en el cual se copia casi literalmente la sentencia del TS de 1999 y se mantiene una doctrina reformada por el legislador en el año 2002. Una lectura del mismo y su comparación con la jurisprudencia del TS y la misma ley es sumamente reveladora.

extraordinario, convirtiendo un recurso devolutivo ordinario en otro extraordinario contra la misma ley[29].

La AP de Alicante parte de posiciones que pueden calificarse de errores conceptuales que están la base de su decisión.

— En primer lugar, contrapone sospechas a indicios, afirmando que la apertura del proceso se basa en sospechas y que el juicio oral se debe fundamentar en indicios. Compara conceptos no equiparables, pues la sospecha tiene una entidad subjetiva, mientras que los indicios presentan un carácter objetivo[30], de acreditación. Pero, guarda silencio en todo caso al respecto de la base de esas sospechas o indicios en los que, tras atribuirles sin acierto un carácter valorativo, no objetivo, debe asentar sus apreciaciones. Porque, sin concreción de los hechos sobre los que deben estimarse los distintos grados de convencimiento, esa labor de sospecha o probabilidad es meramente artificiosa, de creencia subjetiva. Una lectura de la resolución conduce a estimar que la AP de Alicante entiende que la apertura del juicio oral se ha de asentar sobre el criterio judicial íntimo acerca de una realidad fáctica que no ha de ser comprobada como punible, que sea típica, como ordena el TS[31].
— La AP de Alicante, se refiere a la necesidad de que la imputación esté justificada, pero no dice cómo ha de justificarse lo que no se puede concretar. Si el hecho no debe tipificarse, si los contornos del mismo son ajenos a los límites derivados de la certeza de un tipo penal, aunque dinámico, esa justificación solo puede concretarse, como se desprende de la doctrina que elabora, en la presencia de elementos subjetivos que avalen el estado de ánimo general y abstracto sobre la posible existencia de un hecho delictivo inconcreto que debe ser acusado y en su caso, enjuiciado. Compete, dice, a las acusaciones esa concreción de los hechos típicos y al tribunal del juicio oral, enjuiciarlos. Así, considera que el auto debe imputar hechos que revisten caracteres de delito, entendiendo por tales, al no tipificar, los que revelen una conducta que hipotéticamente pueda ser delictiva en general. Y atribuye a la acusación la función no solo de acusar, sino de calificar unos hechos que anteriormente no están determinados, ni concretados. Porque, es evidente que sin esa tipificación no existen límites a la acusación que puede, naturalmente, acusar por delitos que incorporen elementos ajenos

29. Contra esta práctica se ha alzado el TS en reiteradas ocasiones, siendo relevante lo manifestado por el mismo en su Sentencia de 16 de septiembre de 2010. En el sentido de entender que la apelación obliga a un examen pleno en esta materia, *vid.* Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2008, p. 227.

30. Como acepción vulgar califica Serra la de hacer equivalente indicio a sospecha, entendiendo que, jurídicamente debe vincularse a la actividad probatoria. Serra Domínguez, M., «El indicio en el proceso penal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 699-700.

31. ATS 24 de julio de 2013.

a los establecidos en un auto que no concreta hechos, sino simplemente, someras referencias a comportamientos genéricos e indeterminados. Imposible la labor de controles mutuos propia del proceso penal.

Pero, tampoco es así, pues, como se ha dicho, la resolución, que priva de valor a la tipificación de los hechos, insiste en considerar que las acusaciones quedan vinculadas al hecho punible y que no pueden pretender la condena por un hecho diverso, entendiendo por diverso el que no afecta a la identidad procesal.

La justificación de la imputación, debería entender la AP de Alicante, ha de hacerse en la forma que la ley ordena. Y así, el art. 299, aplicable al procedimiento abreviado, que establece que la instrucción tiene la función de «hacer constar la perpetración de delitos», de hechos punibles, pues, no de hechos presuntamente delictivos. Y esa labor exige verificar que los hechos se corresponden con un tipo penal. No hay otra forma de comprobar que se ha perpetrado un delito que esa labor de comparación entre hechos naturales con relevancia jurídica y un supuesto de hecho normativo. El art. 779.1-4 exige determinar, concretar, especificar, un hecho punible, un hecho delictivo, un hecho tipificado como no puede ser de otra forma. El art. 779.1-1, ordena el sobreseimiento cuando el hecho no constituye infracción penal o no se justifica suficientemente su perpetración, lo que obliga a tomar como referencia un hecho delictivo con todos sus elementos, pues es difícil imaginar que se pueda afirmar la inexistencia de un delito o su falta de justificación sin atender a la tipificación de los hechos. No se entiende cómo la AP de Alicante puede valorar la falta de tipicidad de unos hechos sin tipificarlos. No lo explica, sino que lo afirma, siendo esta afirmación más una expresión de voluntad, de un deseo, que una operación compatible con la ley.

Es lo cierto que, sin tipificar los hechos no es siquiera posible en el proceso penal su apertura, pues los arts. 269 y 313 imponen esa labor previa de subsunción de los hechos en una norma penal y adicionalmente la mera sospecha de su realidad. Con la teoría de la AP de Alicante, es evidente que no se podría reducir el proceso a la investigación de hechos con apariencia delictiva, siendo el mismo un mecanismo prospectivo no basado en la imputación de hechos punibles que ni siquiera se exigen al término de la instrucción.

Pero, esa incoherencia está ahí y la doctrina de la AP de Alicante en esta materia no resiste un análisis mínimamente racional. Pues, como sostiene su Sección Tercera y se ha citado, es posible archivar las actuaciones cuando los hechos aparecen como no típicos en la fase de Diligencias Previas, pero ese archivo no es posible al momento de la culminación de esta fase porque no debe valorarse la tipicidad, ni han de determinarse los hechos punibles. Es decir, que si no se produce el archivo con anterioridad, aunque debiendo ser dictado, no es posible hacerlo una vez concluye la instrucción. Lo que es obligado antes no se puede hacer posteriormente si no se

hizo. Compleja interpretación de esta Sala que no acaba de entenderse, salvo que se refiera al hecho de confirmar archivos ordenados por los Juzgados, pero no controlar las imputaciones recurridas y, a la vez, tampoco verificar las imputaciones del auto del art. 779 cuando se produce. Esa parece ser la causa de la posición de este órgano provincial.

— Para llegar a este tipo de determinaciones tiene que negar toda relevancia a la tipificación de los hechos, pues si hiciera lo contrario, se vería obligada la AP a controlar que los hechos narrados en el auto por el Juez son punibles, reúnen el carácter de ser delictivos, es decir, asumiría la función propia del recurso de apelación. Solo tiene la posibilidad de no entrar en el examen del fondo de la cuestión, en relación con la fase del procedimiento de que se trata, negando toda incidencia en este momento a la tipificación de los hechos. Aunque entrando en la espiral de contradicciones que se ha señalado.

En definitiva, la decisión de la AP es clara en su finalidad, que no es otra que limitar la actividad propia del recurso de apelación. Con el argumento de que la pretensión penal compete a las acusaciones, reduce el significado de la calificación de los hechos a un mero control del sobreseimiento libre y a la determinación de la competencia. Porque, es evidente a la vista del auto comentado, que la AP exige tipificar los hechos y que esta tipificación es obligada. Por muchos argumentos que quiera ofrecer, toda la motivación del auto comentado camina en esta dirección, la de asimilar hecho punible en sentido procesal a delito en la forma expuesta anteriormente, no penal, sino procesal.

Negar valor a esa tipificación al momento de determinar el hecho punible, en el marco de la resolución dictada, tiene un solo sentido, el expuesto, preocupante y que no debería presidir la actuación en una resolución de la importancia que tiene. Otros mecanismos existen para controlar instrucciones complejas y usarlos desde el comienzo es una buena y legal medida, establecida y posible.

Nadie puede negar, es obvio, que los tribunales españoles están sobrecargados de trabajo. Es exigible una inversión que supere lo que es el principal obstáculo para que la Justicia funcione adecuadamente. No obstante, esta falta de medios no justifica soluciones que trasladen a la ciudadanía los efectos de esa sobrecarga. La función judicial es tan importante para la paz social, para la evitación de la autotutela y para no permitir el uso fraudulento del proceso para fines espurios, que solo el cumplimiento exacto de la ley, riguroso, dota de legitimidad a un Poder esencial en un Estado democrático. Por eso no hay, ni son admisibles soluciones que limiten los derechos y las posibilidades de las partes, especialmente las imputadas en el proceso penal. No es admisible que un órgano judicial, por falta de recursos, no cumpla con la función que la ley le atribuye en cada fase del proceso. Ese no es el camino.

La deficiente regulación de los hallazgos casuales y su análisis jurisprudencial

Raquel Castillejo Manzanares
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1. Introducción

Los imparables avances tecnológicos ponen en manos no sólo de los poderes públicos, sino incluso de los particulares, enormes poderes, que potencialmente son una amenaza para el secreto de las comunicaciones, lo que exige reinterpretar este derecho y afinar el sistema de garantías para proteger la privacidad humana. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 123/2002, de 20 de mayo: «*en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo*».

Estos avances hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación, y del objeto de protección del derecho fundamental al secreto de ésta que extienda la tutela a nuevos espacios, como se deriva del tenor literal del artículo 18.3 CE. El constituyente, consciente de que los sistemas de telecomunicaciones se encontraban en un proceso de evolución acelerada debido a las nuevas tecnologías, estableció un sistema *numerus apertus* de los soportes técnicos y de las formas de llevar a cabo la comunicación.

La protección constitucional abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, así como los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse.

En este contexto, la norma procesal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Actualmente, se hallan renovadas las formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías, razón por la cual se ha puesto de manifiesto la insuficiencia

de nuestra regulación. En este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, ya apuntó el carácter inaplazable de una nueva regulación que abordase las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal.

Siendo esto así, por mor de la LO 13/2015, se redacta de nuevo el artículo 579 dedicado a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, donde se acota su ámbito material de aplicación, no opta por acoger una enumeración casuística de los delitos que autorizan este medio de investigación, sino por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los siguientes tres requisitos:

a. Relativo a la gravedad de la pena, siendo los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión.
B. Que se esté en presencia de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
C. Que se trate de delitos de terrorismo.

Además, se regulan los plazos máximos de duración, estableciéndose un plazo de tres meses como duración máxima inicial de intervención, plazo que es susceptible de ampliación y prórroga, previa petición razonada por períodos sucesivos de igual duración, hasta un máximo temporal de dieciocho meses, siempre que subsistan las causas que motivaron aquella.

Y finalmente, se prevén las excepciones a la necesidad de autorización judicial.

Por otro lado, se introduce un nuevo artículo 579 bis, al cual también se remite el artículo 588 bis i LECr, relativo a la utilización del resultado de la diligencia de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, o la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o los registros remotos sobre equipos informáticos, en otro proceso penal distinto, en particular en cuanto al tratamiento de los denominados «*hallazgos casuales*» y a la continuación de la medida en aquel otro proceso, para lo que se requerirá un nuevo auto judicial que convalide esta situación.

El hallazgo casual se produce cuando, en el transcurso de una investigación judicial, para lograr la averiguación de uno o varios delitos y el descubrimiento del culpable, y en fase de instrucción, en el curso de una medida judicial de limitación o restricción de un derecho fundamental, se descubre, casualmente, otro delito u otros delitos distintos, que no eran los inicialmente motivadores

de las resoluciones judiciales habilitadoras restrictivas de derecho o bien se descubre la intervención de terceras personas ajenas como autores o partícipes de los delitos, obteniendo resultados probatorios que pueden terminar con una sentencia condenatoria.

Así se ha venido entendiendo por la jurisprudencia. No obstante, el legislador ha obviado su definición, refiriéndose única y exclusivamente a determinar su valor probatorio y el procedimiento para que puedan tener tal valor.

La doctrina ha definido los hallazgos casuales como aquéllos que «*se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado, con motivo de la persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenían noticias con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella*»[1].

Dicho de otra forma, cabe entender «*la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos, o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados*»[2].

Según estas definiciones, para entender que nos encontramos ante un hallazgo casual se hace preciso que:

a. Esté en marcha una investigación en el marco de un proceso penal.
b. Aparezca un dato nuevo o desconocido hasta ese momento como consecuencia de las actividades indagatorias desarrolladas en la investigación, circunscrito al ámbito del desarrollo de diligencias de investigación que sean restrictivas de derechos fundamentales.
c. Los nuevos datos no se enmarquen en la finalidad inicial de la misma.

Pues bien, el principal problema que se plantea con éstos es el relativo a determinar si las evidencias probatorias así obtenidas son susceptibles de ser incor-

---

1. Echarri Casi, F.J., «Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales», *Revista del Poder Judicial*, número 69, 2003, p. 286.

2. Alvarez de Neyra Kappler, S., «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 2, 2011, p. 4.

poradas al proceso y, en consecuencia, si a ese resultado imprevisto se le puede dotar de valor probatorio, o si, por el contrario, ha de ser rechazado.

2. Reforma y principios rectores

La insuficiencia regulatoria respecto de las diligencias limitativas de derechos fundamentales ha generado al cabo de los años una abundantísima doctrina jurisprudencial plenamente consolidada, que ha sido tomada por el legislador como referencia para llevarla al campo del Derecho positivo a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, provocando una de las mayores modificaciones de ésta a lo largo de su historia.

En específico, con relación a las diligencias de investigación, dentro del epígrafe «*de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*», regula las tradicionales, y junto a ellas, las vinculadas a las nuevas tecnologías, esto es, las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos; la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imagen; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo y de la información y, los registros remotos sobre equipos informáticos.

Todas ellas a día de hoy provocan una gran inseguridad jurídica, tanto por su complejidad técnica, como por la novedad que representan en el marco del proceso penal.

En el contexto de la nueva redacción de las medidas tecnológicas de investigación, se regulan, como ya hemos hecho mención, los hallazgos casuales, entendidos como la aparición de indicios delictivos que exceden de los ámbitos objetivos o subjetivos en relación con los cuales se dictó el auto autorizando la intervención.

Para poder analizar el tema de los hallazgos casuales es preciso partir de cuáles son los principios rectores que introduce la reforma del 2015, ya consagrados por el Tribunal Consitucional[3] y por el Supremo[4]. Así bien, reconoce la judi-

3. Entre otras la STC 1239/2006, de 17 de julio.

4. Al respecto dice el Tribunal Supremo en su sentencia 974/2012, 5 de diciembre «(...) *la nota de excepcionalidad a la medida de intervención telefónica comporta que no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental a la persona, por lo que su uso debe efectuase con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial —normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas— pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las*

cialidad, especialidad, idoneidad[5], excepcionalidad, necesidad[6] y proporcionalidad de la medida[7]. En efecto, el nuevo artículo 588 bis a) establece dentro de las disposiciones comunes, los principios rectores de estas investigaciones que tienen como denominador común la naturaleza tecnológica de los medios empleados en su ejecución. Pues bien, estos principios reproducen los comúnmente aceptados con anterioridad, para a continuación fijar el legislador el alcance de los mismos o los criterios que deben presidir su aplicación.

De entre ellos los que interesa destacar para el tema que nos ocupa son el principio de especialidad y el de judicialidad. El primero en cuanto no es admisible decretar una intervención para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos, ni extender autorización prácticamente en blanco, siendo exigible concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado[8].

Este principio se halla asociado desde siempre a la proscripción de las indagaciones prospectivas, fijando como exigencia del mismo que la medida debe

---

dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiaridad formando un todo inseparable, que actúa como valla entre el riesgo de expansión que suele tener lo excepcional (SSTS 1167/2004, de 22 de octubre, 124/2005, de 7 de febrero, 1012/2006, de 29 de octubre, 155/2007, de 28 de febrero, entre muchas). Debe constituir un medio idóneo para la investigación que se pretende, no pudiendo ser sustituida por otra actividad de investigaciones menos gravosa (STS 31/2008 de 8.1)».

5. Este principio exige que la resolución que habilita la injerencia en las comunicaciones del encausado sea, cuando menos, el resultado de un juicio de idoneidad acerca del ámbito y del fin que la justifica, determinando así, entre otros extremos, su duración.

6. La idoneidad de la medida de injerencia presupone su excepcionalidad y necesidad. De ahí que disponga el artículo 588 bis a 4 «(...) *en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad sólo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida*».
A continuación el legislador establece que el principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad, de la misma forma que proscribe en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad los casos en que esté a disposición de la investigación «otras medidas menos gravosas» para los derechos del investigado o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida, lo que conlleva finalmente a la ponderación por el juez de su proporcionalidad en el sentido de que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros, descendiendo incluso, en el mismo apartado 5 del precepto, a fijar los criterios que deban tenerse en cuenta a la hora e ponderar los intereses en conflicto, de manera que la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

7. Se trata de una mención del principio de prohibición en exceso, adaptada a la diligencia de investigación que tiene por objeto la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. La injerencia será proporcionada cuando tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros.

8. SSTS 21 de julio de 2011 y 29 de abril de 2010.

estar relacionada con la investigación de un delito concreto, lo que confirma lo anterior, añadiendo el precepto anteriormente citado que «*no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva».* Desde esta perspectiva es necesario que la solicitud contenga suficientes elementos o datos indiciarios objetivos, constatables externamente, que permitan al juez de instrucción delimitar la frontera entre aquéllos y lo que es una mera conjetura o sospecha policial, de forma que el dato objetivo se erija como criterio decisivo a la hora de justificar la medida.

Por otro la judicialidad, pues como regla general se prevé la exigencia de que la medida de investigación sea dictada por órgano competente, quien no podrá adoptarla sin filtro alguno. Todo ello no obsta a que la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictivos cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésa no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales.

Es por todo ello que ha sido prolífica la jurisprudencia para tratar de justificar la admisión en el proceso de hallazgos casuales, exigiendo para que sean válidos desde el punto de vista de licitud probatoria, que concurran los siguientes requisitos, algunos de los cuales de acuerdo a la nueva regulación no pueden mantenerse:

a. Principio de buena fe. Según el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de mayo de 2011, encontrar una prueba, con casualidad, incriminatoria se debe a la consecuencia lógica de que la previa medida judicial restrictiva del derecho se ajusta a la ley. Ello ha de ir ineludiblemente unido a que si se descubre un hecho delictivo nuevo, casualmente detectado, requiere una nueva autorización judicial[9].
   Al respecto dice el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de abril de 2010 que «*Por tanto rige el principio de especialidad que justifica la intervención solo al delito investigado per los hallazgos delictivos ocasionales son "notitia criminis", sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando al nuevo delito. En este sentido la STS 792/2007 de 30.5, recuerda que como señaló la sentencia 276/96, de 2.4, en estos supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin,*

9. STS de 30 de noviembre de 2011.

aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque. Otra cosa significaría por ejemplo, la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado o en una intervención telefónica acordada para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación. Así dice la referida resolución: "Especialidad; principio que significa que "no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin a adecuada precisión, actos delictivos" y que "no es correcto extender autorización prácticamente en blando", exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que nos se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma; así como que no puede renunciarse a investigar la "notitia criminis" incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de que la que aquélla sea mero punto de arranque».

b. Flagrancia delictiva. Esto es, no ha de ser lo esperado por el juez que ordenaba la medida, pero es tan evidente que puede servir como posterior prueba de cargo. En este sentido dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de mayo de 2011 que *«el hallazgo debe ser causal, tiene que haber flagrancia delictiva y con buena fe».*

   Por tanto, los hallazgos casuales se instalan en la nota de flagrancia, porque producida tal situación se exige la inmediata recogida de los mismos. Todo lo contrario a lo que ocurrirá cuando se trate de usar medidas restrictivas interpuestas con el espurio fin de aparentar un descubrimiento que a priori se sabe no casual, pues el ordenamiento jurídico no puede prestar protección a las conductas que tratan de violentar los derechos y libertades fundamentales y además, éstas deben ser declaradas nulas para al mismo tiempo ejercer un efecto disuasorio de conductas torticeras, espurias, no éticas y prohibidas por anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal[10].

c. El hallazgo se encuentra durante el curso de una previa medida jurisdiccional restrictiva de derechos fundamentales y libertades públicas. Esta medida restrictiva tiene que ser legítima, es decir, de naturaleza jurisdiccional, adoptada por un juez competente, proporcional al delito grave con pena de libertad grave[11] con trascendencia social; tiene que ser especial, pues se debe prefijar el delito o delitos y la persona investigada, objeto de la investigación judicial. Así bien, la medida judicial de investigación de un

10. Velasco Núñez, E., *Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 85.

11. Actualmente no se exige en el artículo 579 bis LECr.

delito, con restricción de derechos, es una medida adoptada para un concreto hecho delictivo y si en el desarrollo de la misma hubiere un hallazgo casual, se requeriría autorización judicial. Ésta será para ampliar la medida si el delito fuere conexo, y en caso contrario para iniciar un nuevo proceso, teniéndolo en consideración como mera *notitia criminis*[12].

Al respecto cabe recordar el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, en el caso Naseiro, en el que ya se decía que «*hubo vulneración del derecho a la intimidad y, más sencillamente aún, al secreto de las comunicaciones, en general, y de las telefónicas, en particular, además de lo ya manifestado, es decir, una nueva vulneración cuando en el desarrollo de la interceptación, inicialmente acordada, aparece como posible un delito o unos posibles nuevos delitos, en cuyo momento, distanciada la investigación en este supuesto, concreto respecto del tráfico de drogas, y aproximada, en cambio, en relación con otro de cohecho o, en general, de determinadas corrupciones, la Policía debió, de manera inmediata, sin solución de continuidad, ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción autorizante/ordenador de la interceptación a los efectos consiguientes, entre ellos el de examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad*»[13].

En este sentido se ha pronunciado el legislador en cuanto en el artículo 579 bis LECr prevé que si la información casualmente obtenida pueda ser de relevancia en otro proceso penal, se pondrá ésta en conocimiento del juez competente, quien dictará la autorización que proceda cuando considerase necesario continuar con la medida de injerencia. Para ello habrá de deducir testimonio de los particulares necesarios para justificar la legitimidad de la medida, entre los que se hallan la solicitud inicial para la adopción de la medida, la resolución judicial por la que se acuerda ésta y las resoluciones acordando las sucesivas prórrogas que, en su caso, se hubieren decretado. Lo así previsto tiene su origen en lo que ha venido manifestando de manera reiterada la jurisprudencia. En este

---

12. STS de 30 de noviembre de 2011. El actual artículo 579 bis LECr permite su consideración como diligencia de investigación o prueba.

13. En concreto manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2013 que «*Esta Sala Casacional ha declarado repetidamente que el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. El hallazgo no solamente se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino que también puede producirse hacia el pasado, como cuando en el curso de un registro domiciliario aparecen evidencia de otros ilícitos, o cuando las intervenciones telefónicas pueden arrojar datos sustanciosos acerca de la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente investigados por esa vía, con tal que, como hemos dicho, tal línea de investigación sea puesta de manifiesto ante el juez, y éste, valorando los intereses en juego, acceda a su incorporación al proceso, conjugando un elemental principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos de carácter novedoso, y que han de ser investigados, siempre que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad y justifique su necesidad y proporcionalidad*».

sentido el Tribunal Supremo en su sentencia 901/2009, de 22 de enero: «*Como es notorio, conforme a consolidada y notoria jurisprudencia, para que la restricción del derecho fundamental de la persona al secreto de las comunicaciones, proclamado en el art. 18 de la Constitución, sea constitucionalmente admisible, el hecho a investigar deberá constituir, en su caso, un delito grave, lo cual justificaría la medida desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Además, los indicios de su posible comisión, que deben concurrir para que pueda ordenarse válidamente por la autoridad judicial la restricción de tal derecho, habrán de ser objetivos, accesibles, contrastables y suficientes para poder acordar dicha medida, la cual, por último, deberá ser necesaria y posible, y estar debidamente fundada en la correspondiente resolución judicial.*

De acuerdo con la anterior doctrina, hemos de reconocer que, en el presente caso, los indicios —ciertamente relevantes— de que se estaba cometiendo o se iba a cometer un hecho delictivo grave, como es el tráfico ilícito de drogas, obtenidos —como hallazgo casual— en el curso de la investigación judicial sobre una actividad delictiva distinta (un robo con intimidación y una detención ilegal), en principio, deben considerarse fundamento suficiente para que la autoridad judicial pueda ordenar válidamente la incoación de un nuevo proceso y, en él, una nueva intervención telefónica para investigar el presunto delito contra la salud pública; pues, es indudable que el "hallazgo casual" se ha producido en el marco de una intervención telefónica ordenada por autoridad judicial competente y que los indicios revelados son objetivos, accesibles y con entidad suficiente para que la misma autoridad judicial pueda ordenar una nueva intervención telefónica.

La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad de las injerencias ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre dicha cuestión con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes al principio de la buena fe y lealtad procesal en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso (v. art. 11.1 LOPJ).

Es indudable, pues, que, en el presente caso, las defensas de los procesados tuvieron la posibilidad de interesar la unión a estas actuaciones de un testimonio de

particulares del primero de los procesos, si es que querían poner de manifiesto alguna ilegalidad o irregularidad en la actuación judicial relacionada con el derecho al secreto de las comunicaciones, o con cualquier otro de los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados por ellas, por lo que, en último término, nunca podrían alegar con el debido fundamento una posible indefensión».

3. Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro

3.1. Atendiendo a la literalidad del precepto

Reconociendo que era necesario el precepto dedicado a los «*descubrimiento casuales*», hemos de destacar que se revela incompleto y ello porque, si bien se regula el valor de diligencia de investigación o prueba que podrá otorgarse al hallazgo casual en otro proceso, así como la exigencia de la emisión de una nueva autorización por parte del juez competente en el nuevo proceso, en aquellos supuestos en los que para la investigación del delito casualmente conocido haga falta continuar con la medida limitativa de derechos fundamentales acordada; sin embargo, se obvia regular los hallazgos casuales en la medida de entrada y registro, así como qué es lo que acontece cuando para la investigación del hecho casualmente descubierto no se haga preciso otro proceso, que se inste o ya abierto, sino que baste con ampliar la medida en el mismo en el que tuvo lugar el descubrimiento casual.

Así, cabe apreciar en el texto legal una doble problemática: la de la legalidad y utilización de los descubrimientos ocasionales en un segundo proceso, por un lado; y la de su validez probatoria en el mismo proceso, por otro.

A su vez, este precepto articula su eficacia en un doble plano: el de su eficacia investigadora como punto de partida para su adopción de otras diligencias y el de su valor probatorio que puede servir de fundamento a la sentencia. Con este potencial doble efecto la norma autoriza la utilización de los descubrimientos, y ello con carácter general, aunque luego será siempre necesario el examen particular de cada caso. En efecto, la norma establece que se cumplan una serie de requisitos que confluyen fundamentalmente en exigir la legitimidad de la injerencia que dio origen al descubrimiento y de las actuaciones posteriores que deben llevarse a cabo una vez identificado éste. En definitiva, el precepto consagra la necesidad de constatar la legalidad precedente y subsecuente en la obtención del hallazgo casual, como requisito ineludible para otorgarle cualquier valor en el mismo o en otro proceso[14].

14. Nadal Gómez, I., «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista General del Derecho Procesal*, número 4, 2016, pp. 3 y 4.

3.2. Análisis jurisprudencial

Al respecto la jurisprudencia en numerosas sentencias[15] ha entendido que el valor que ha de darse depende del tipo de diligencia de la que surja el hallazgo casual. En este sentido manifiesta que es así por las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a tres meses prorrogables hasta los dieciocho meses, así como la de seguimiento y localización, o bien a un mes prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses en la diligencia de registro remoto de equipos informáticos y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos.

A este último supuesto se pueden asimilar otras medidas de investigación electrónica que no se hallan sometidas a un plazo determinado. Así, la autorización para analizar dispositivos electrónicos —art. 588 sexies LECr—, o el supuesto de la diligencia de captación y grabación de sonido y/o imagen en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

Así bien, la conclusión a la que se llega a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo[16], se reduce a que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia[17] por lo que, producida tal situación, se admite su validez siem-

---

15. SSTS 981/2003, de 3 de julio, de 22 de marzo de 1999, de 7 de junio de 1997 y de 28 de abril de 1995.

16. De manera amplia resume la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional la STS de 3 de julio de 2003, según la cual «*a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.*
b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.
c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.
d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la Salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.
e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueran, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula».

17. La flagrancia en cuanto presupuesto de la diligencia de entrada y registro está contemplada en el artículo 553 LECr: «*Los Agentes de policía podrán proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas* (…) *cuando*

pre que se observen los requisitos de proporcionalidad, y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales.

En otro orden de cosas, cabe recordar que el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención. Esto deriva en que se le otorgue valor probatorio. En efecto, manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de febrero de 1999 que «*el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales*».

En definitiva, tal y como resume la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2010, «*reiterando anteriores razonamientos, ha de afirmarse una vez más que:*

a) *Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.*
b) *Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.*
c) *Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.*

---

sean sorprendida en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o se refugie en alguna casa (...), *así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a ala ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido*».

El Tribunal Supremo en sentencia de 7 de junio de 1997 considera que en las entradas y registros cabe aplicar el concepto de flagrancia —entendida como aquella situación fáctica en que la comisión del delito se percibe con evidencia y exige por ello una inmediata intervención— a los elementos de prueba encontrados, habilitante por sí mismo, sin necesidad de una nueva resolución judicial, para su intervención. Descartando, de esta manera, la interrupción del registro para solicitar una ampliación del auto habilitante para la investigación de nuevos delitos en el que se autorice a la recogida de esos elementos de prueba, ya que, debido a esa nota de flagrancia delictiva, la incautación procedería sobre la base del art. 286 LECr.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la Salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Circunstancia que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha.

Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar , en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio»[18].

Lo que resuelve el Tribunal Supremo es, pues, que son requisitos imprescindibles a efectos de que el hallazgo casual en el seno de la medida de entrada y registro se le otorge un valor probatorio:

a. Lo que otorga validez a la práctica de un registro es la correcta habilitación judicial.
b. Además la actuación policial ha debido discurrir en un ámbito perfectamene legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal.

---

18. Siendo esto así, el Tribunal Supremo se ha manifestado de manera contundente en su sentencia de 14 de septiembre de 2017, con respecto al motivo alegado por el recurrente por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Se sostuvo la nulidad del hallazgo de sustancia estupefaciente en su domicilio pues el auto de entrada y registro estaba limitado a otros delitos distintos del tráfico de drogas, en concreto, detención ilegal, robo con violencia, lesiones con empleo de armas, estafa y falsedad, y la aprehensión de la droga se realizó antes de que el Juez de Instrucción autorizase extender la diligencia de investigación a tal delito, ya que no se detuvo el registro en el momento del hallazgo de las bolsitas de cocaína. Al respecto aquél manifestó que en lo que se refiere a la diligencia de registro, la doctrina del «hallazgo casual» permite admitir la validez de aquélla aunque se dirigiera a la investigación de un delito específico, si se hallaren efectos o instrumentos de otro, pues cabe entenderlo como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 LECr, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente adición.
La Constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se halle investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales. Del mismo modo, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los artículos 259 y 284 LECr. *Vid.* a este respecto SSTS 103/2015, de 24 de febrero, 48/2013, de 23 de enero, 110/2010, de 23 de diciembre, 167/2010, de 24 de febrero.

c. Cualquier hallazgo que se produzca en estas circunstancias, no puede ser tachado de irrgular vista la legalidad en que la diligencia discurre, aunque si a ello se le une la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el Derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la validez resulta clara.
d. Sólo cabría estimarla nula si todo ello pudiera responder a un designio intencionado de los funcionarios solicitante del registro que fraudulentamente hubieran ocultado al Juez autorizante el veradero motivo de su investigación.

3.3. La necesaria autorización judicial

Sin embargo, hay otra jurisprudencia, con la que coincido, que entiende que hay que aplicar la misma teoría al hallazgo casual en una intervención telefónica del que se produce en un registro domiciliario, en cuanto a la necesidad de paralización del registro y solicitud de una nueva autorización para investigar y recoger los nuevos elementos de prueba[19].

En efecto, lo que procede es suspender la continuación de la diligencia de entrada y registro para que el letrado de la Administración de Justicia informe de tal descubrimiento al juez de instrucción competente quien, incluso por vía telefónica, podrá autorizar dicho registro e incautación, ampliando así el objeto de la diligencia acordada para comprender otro posible delito[20].

Esto tan sólo esto se podría ver excepcionado en aquellos supuestos en los que, habiéndose realizado el hallazgo casual en el marco de una entrada y registro debidamente autorizada judicialmente y de buena fe por los agentes actuantes, éstos hubieran puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente los delitos de los que tuviera conocimiento, pudiendo practicar las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los artículos 259 y 284 LECr.

Esta doctrina es mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2010, según la cual: «*Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia sí realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como*

19. STS de 13 de julio de 2011.

20. Al respecto el auto del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2017.

resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio, cuando en las presentes diligencias concurre unos datos que reforzaría, aún más el valor probatorio de la ocupación de la sustancia, cual es que autorizada la entrada y registro en el domicilio del recurrente por el juzgado de instrucción núm. 1 Mataró, auto de 8 de noviembre de 2006, por los delitos de falsificación de documentos, falsificación de moneda, usurpación de estado civil y estafa, en el transcurso de la mencionada diligencia, que se unió a las 11.30 horas del día siguiente 9 de noviembre de 2006, se localizaron, por lo que se suspendió el registro haciéndose constar en el acta por la Sra. Secretaria que en este acto, a las 13 horas y puesto en contacto telefónico con a Ilma. Sra. Magistrado Juez de Mataró núm. 2 autoriza la entrada para ampliarla a sustancias estupefacientes. Continuándose el registro, interviniéndose las sustancias y objetos que se detallan en la diligencia: Autorización telefónica que se vio complementada por el auto dictado ese mismo día 9.11.2006 por el juez instructor en cuyo antecedente de hecho se hace constar que "En la mañana de hoy, esta Instructora, en funciones de guardia, ha recibido llamada telefónica de la Secretaria de Guardia de Barcelona, comunicando que durante la práctica del registro en el citado domicilio se han encontrado 7 Kg de hachís y unas papelinas de cocaína". "Por vía telefónica, esta instructora ha autorizado dicho registro e incautación, ampliando así el objeto de la diligencia acordada en el día de ayer para comprender también un presunto delito de tráfico de drogas"».

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su auto 161/2004, en el que considera «*no afectado de ilicitud el hallazgo casual de un arma en el transcurso de una diligencia de entrada y registro para la investigación de un delito distinto; en este supuesto, los agentes intervinientes pusieron de inmediato conocimiento del Juez el hallazgo del arma, interesando la ampliación de la autorización judicial en orden a la investigación del nuevo hecho delictivo. Así, suscribe que el auto ampliatorio extiende la investigación al nuevo hecho delictivo y tutelará lo que, en relación con este nuevo hecho descubierto, pueda obtenerse de la subsiguiente entrada y registro, pero no a lo ya hallado casualmente, bajo la cobertura de un Auto anterior. No es, por tanto, admisible, desde la perspectiva constitucional, que la aprehensidón del arma, en cuanto hallazgo casual que era, se repute viciada de nulidad porque el auto hubiera autorizado en exclusiva la incautación de elementos probatorios relacionados con otro delito, y no con el de tenencia ilícita de armas, pues se trató de un descubrimiento casual. Y tampoco es posible sostener que los efectos de la eventual ilicitud de un posterior auto puedan retrotraerse a un momento procesal anterior al de su dictado, cuando el acto anterior se ha realizado a cubierto de un mandamiento judicial que obliga a la policía judicial a actuar y a poner en conocimiento del órgano judicial, no sólo la recogida de todos los elementos probatorios relacionados con el delito hasta entonces in-*

vestigado, sino también todo lo que guarde relación con el descubrimiento de un nuevo delito».

Si estimo, como lo hace alguna jurisprudencia, que lo garantista sería la nueva autorización judicial, más claro pareciere en aquellos supuestos en los que los hallazgos casuales se producen en registros consentidos por el titular o en supuestos de delito flagrante, en los que no hay autorización judicial, aunque la policía judicial tenga obligación de comunicarle al titular del domicilio cuál es el delito que se pretende investigar con esta actuación.

En definitiva, el legislador ha decidido no regular el descubrimiento casual para esta medida, la razón puede ser el que sólo se regula para sus posibles efectos en otro proceso y los requisitos que se precisan para que pueda continuarse con la medida limitativa de derechos fundamentales en el segundo proceso. Y en este contexto, si bien es claro que al ser una medida de tan breve duración no cabe regular su posible continuación ordenada por el órgano competente en otro proceso, también lo es que hubiere sido preciso regular que valor tiene lo obtenido casualmente en el seno de la entrada y registro y los presupuestos precisos para dotarlos de validez.

4. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y otras medidas tecnológicas de investigación

4.1. Distinción con otras medidas limitativas de derechos fundamentales

Ahora, con la regulación dada en la ley se permite, a través de sistemas integrales de interceptación realizarlo a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, por lo que cualquier aplicación ofrecida por un *smartphone* estaría amparada en dicho articulado. Todo ello para aglutinar nuevos tipos de mensajería derivadas de determinadas APPs como Whatssap, confiriendo así sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la Ley procesal.

En este marco, conviene recordar que es muy normal que al hacer un registro de un ordenador, teléfono móvil o cualquier otro dispositivo que contenga multitud de archivos informáticos, se produzcan hallazgos casuales de pruebas electrónicas para la que no existe autorización judicial expresa.

En efecto, el contenido de las grabaciones y, en general, toda la información obtenida afectante al derecho al secreto de las comunicaciones, por regla general, adquiere su significado probatorio en el proceso penal en el que su restricción ha sido acordada. Sin embargo, es perfectamente imaginable que esos contenidos resulten de interés para procesos en los que se investigan hechos distintos o sirva para incoar un nuevo proceso a la vista del hallazgo o ampliar la investigación en aquel en el que se halló, supuesto en el que habrá de darse inmediata cuenta al juez. A este respecto, cabe recordar el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, el que señaló que «*con respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga* (…) *basta con que, en el supuesto de comprobar la policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de intercepta*ciones telefónicas, *no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que se dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente*».

Partiremos en este epígrafe de la medida sobre la que más pronunciamientos ha habido, sirviendo esta jurisprudencia para el resto de las medidas tecnológicas, con las especificaciones que haremos cuando ello fuere necesario[21].

Como ya dijimos antes, cuando se produce un hallazgo casual en el marco de una intervención telefónica, nos encontramos ante algo distinto del descubrimiento durante una entrada y registro. Esto obedece a que la intervención de la comunicación es una medida que se prologa en el tiempo, existiendo un control judicial, mientras que la entrada y registro en un domicilio es una actuación que implica una unidad de acto en una diligencia de práctica inmediata y perentoria. Es por ello quizá que los «*descubrimientos casuales*» se regulan para la intervención de comunicaciones y no para la entrada y registro.

4.2. Conexidad y ausencia de ella

Pues bien, el artículo 579 bis LECr exige autorización judicial, aunque sólo se refiere a aquellos supuestos en que se necesite continuar en otro proceso con la investigación del delito casualmente descubierto. Pero ¿qué hay de aquellos casos en los que se pudiere hacer en el mismo en el que fueren descubiertos casualmente?

21. Richard Gonzalez, M., «Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización», *Diario La ley*, número 8808, Sección Tribunal, 21 de julio de 2016, Ley 5735/2016, p. 15.

Hasta ahora la jurisprudencia ha venido distinguiendo dos supuestos. En primer lugar, si los hallazgos casuales son conexos[22] con los que son objeto del procedimiento principal, según establece el artículo 17.3 LECr, en relación con el artículo 300, el Juez renovará la autorización siguiendo con la investigación judicial hasta completar las diligencias que pueden servir en el plenario como prueba, debiendo la policía haber informado debidamente al juez del hallazgo casual[23].

En otro caso, si los hechos ocasionalmente conocidos no guardaran conexión con los causantes de la medida y tienen gravedad, será considerado por el juez como *notitia criminis* y se deducirá testimonio de lo hallado describiendo lo descubierto, para que siguiendo el reparto de competencia territorial se inicie otro proceso correspondiendo a otro juez la instrucción. En este supuesto, dictará una expresa autorización judicial que permita la continuación de la medida, tras observar su competencia y la proporcionalidad de aquélla[24].

---

22. En el seno de una investigación cabe la posibilidad de introducir nuevos hechos que se sumen a los inicialmente investigados. En este supuesto cabe preguntarse por su tratamiento procesal en relación tanto a la determinación de la competencia del órgano judicial que ya está conociendo del proceso, como de si su competencia abarca también la de estos nuevos hechos.
En este caso cobran especial relevancia las normas sobre delitos conexos —arts. 17 y 18 LECr— a los efectos de la fijación de la competencia y de su utilización con valor probatorio de lo descubierto en otro procedimiento.
El artículo 17 modificado por Ley 41/2015, prevé tres reglas. La primera regula la posibilidad de que se sigan enjuiciando en un solo proceso delitos que sean considerados conexos, dependiendo de que el enjuiciamiento conjunto y más en concreto la investigación y prueba que se practique es ambos procesos debe facilitar el mejor esclarecimiento de los hechos y determinación de responsabilidades, así como que no debe suponer una excesiva complejidad o dilación para el proceso.
En el apartado segundo se especifica, a los efectos de atribución de jurisdicción y distribución de competencia, qué se consideran delitos conexos, entendiendo por tales:
1º Los cometidos por dos o más personas reunidas.
2º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
3º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
4º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
5º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.
6º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.
Por último, en el apartado 3 se refiere a la posibilidad de que se enjuicien conjuntamente delitos cometidos por el mismo sujeto, cuando éstos no sean conexos conforme a los criterios anteriores, pero presenten analogía o relación entre sí. Para ello todos los delitos deben ser competencia del mismo tribunal, debe instarse su acumulación por el Ministerio Fiscal y la prueba en conjunto de los hechos que conforman tales delitos debe resultar conveniente para su esclarecimiento y determinación de responsabilidades.
Estamos ante distintos objetos procesales que deberían ser tramitados en procesos separados, pero el legislador ha decidido que se tramiten de forma conjunta en un único proceso y se resuelvan en una única sentencia, aunque con pronunciamientos separados, lo que facilita la utilización probatoria de materiales obtenidos indistintamente en la investigación de cualquier de estos delitos en el seno del mismo procedimiento.
El artículo 18 por su parte, permite la alteración de los criterios de competencia, a través de varios criterios específicos, permitiendo atribuir competencia territorial al juez que conozca del delito que tenga una pena mayor; a igual pena le corresponderá al que haya comenzado antes; y si esta circunstancia no constara o hubiera comenzado a la vez, será el designado por la Audiencia o el Tribunal Supremo.

23. STS de 27 de octubre de 2004.

24. STS de 8 de febrero de 2012.

Al respecto, manifestó el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2008 para los hallazgos de materia homogénea que, «*si los hechos descubiertos tienen conexión —art. 17 LECr— con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efecto tanto de instrucción cuanto posteriormente de prueba*», y para los de carácter heterogéneo que, «*si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparenten una gravedad suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera notitia criminis y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y de reparto, se inicie el nuevo proceso*».

De forma tal que, una vez que el juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución dependerá de que ese hecho constituya un delito relacionado con el que dio lugar al proceso, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior. Si se trata del primer caso, deberá darse un orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa. Si nos hallamos en el caso contrario, el juez debe, tras de nuevo examinar las cuestiones de proporcionalidad y competencia, dictar una autorización judicial expresa que permita la continuación de la escucha e incoar la causa una vez deducido el correspondiente testimonio[25].

Al respecto manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de agosto de 2008 que «*cabe distinguir:*

1) *Si los hechos descubiertos tienen conexión con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente de prueba.*
2) *Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los ausantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.*
   Por tanto rige el principio de especialidad que justifica la intervención solo al delito investigado pero los hechos delictivos ocasionales son notitia criminis, sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando el nuevo delito».

25. *Vid.* Bueno Mata, F., «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *Diario La Ley*, número 8627, sección doctrina, 19 de octubre de 2015, Ley 5958/2015, p. 5.

A) Delitos conexos. Cabe a este respecto distinguir ambos supuestos tal y como lo hace la jurisprudencia. Respecto al primero, se ha venido interpretando que cuando el juez en su mandamiento autoriza una medida limitativa de derechos fundamentales para la investigación de un determinado tipo delictivo, y en el curso de su ejecución aparecen evidencias de la comisión de otro u otros, por la flagrancia patente y por la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 LECr[26], y al no haber novación del objeto de la investigación, sino simplemente adición, debe procederse evitando la continuación de la existencia del nuevo delito hasta entonces ignorado, pero la ocupación debe interrumpirse también, ponerse en comunicación de la autoridad judicial ordenante y, en su caso, conseguir de ella un complemento de mandamiento razonado, que puede ordenarse de forma oral, que debe unirse de forma razonada a autos con posterioridad, para proceder también contra el delito casualmente descubierto y con ello conseguir que la aprehensión del hallazgo casual tenga la cobertura necesaria de la garantía constitucional que supone la intervención judicial[27].

   En este sentido, cabe mencionar la STS de 20 de noviembre de 2006, según la cual: «*La Sala Sentenciadora de instancia relativa en el factum que, con fecha de 28 de noviembre de 2003, el Juzgado de Instrucción dispuso la ampliación de la medida de intervención telefónica acordada en Autos de fechas 31 de octubre y 19 de noviembre de 2003, al efecto de investigar tal delito contra la salud pública, además del inicial delito de homicidio, prorrogando el secreto de las actuaciones. En el segundo apartado del relato fáctico, se detallan todas las conversaciones que tienen relación con el delito ahora juzgado, y de ellas, solamente dos, las correspondientes a los días 21 y 22 de noviembre e 2003, son anteriores al mencionado auto, lo que significa, lisa y llanamente, que estas dos conversaciones, temporalmente consecutivas, fueron las que alertaron a la policía judicial acerca de la petición de la ampliación, lo que efectivamente se produjo, y las demás, se encontraban bajo la cobertura específica de tal ampliación judicial. De modo que conforme a la doctrina del hallazgo causal, en donde se amplía la autorización de la injerencia para este nuevo delito que aparece, el motivo no puede prosperar*»[28].

---

26. Diaz Cabiale J.A. y Martín Morales, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 5 y 6, manifiesta que «*cada vez que aparecen nuevos hechos es evidente que respecto de los mismos no se realizó* (…) *la correspondiente ponderación de la proporcionalidad de la medida restrictiva, aunque haya mediado resolución judicial habilitante* (…) *Pero no todo hallazgo casual supone necesariamente la ruptura de los principios constitucionales* (…), *sino que es preciso examinar la relación entre los hechos investigados y aquellos que se descubren. Dichos principios no quiebran cuando existe homogeneidad*».

27. Velasco Núñez, E., *Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 84.

28. Pero también otras más actuales como la de 17 de octubre de 2012: «(…) *el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclareci-*

Todo lo que acabo de exponer no admite interpretaciones demasiado laxas del Tribunal Supremo, en cuanto permite que se abran nuevas diligencias previas sin que aparezca el nuevo delito, siendo sólo cuando se dicte auto de prórroga cuando se cite expresamente el delito de nuevo conocimiento. Así la STS de 7 de junio de 2007, según la cual «*En el presente caso, vista la naturaleza del nuevo delito —tráfico de drogas— se aperturó* (sic) *unas nuevas Diligencias Previas al no existir conexidad delictiva con el delito inicial —homicidio—, y se iniciaron tales diligencias nuevas con testimonio del inicial auto de intervención telefónica que lo era por tal delito de homicidio, pero a las nuevas diligencias se llevó testimonio junto al auto de intervención inicial, de las conversaciones intervenidas en las que aparecía el nuevo delito de tráfico de drogas, con ello se cumplió con el deber de especialidad y se amplió la investigación al nuevo delito sin que se exija el dictado de un nuevo auto. Sólo cuando con posterioridad, y a la vista de las nuevas conversaciones intervenidas en relación al tráfico de drogas se solicitó la prórroga de la intervención telefónica, el Juez instructor en el auto de prórroga ya citó expresamente el delito de tráfico de drogas al acceder a la prórroga, y con base en el contenido de tales conversaciones intervenidas, lo que patentiza que sí hubo control judicial, tanto desde el principio en que se procedió a la apertura de las nuevas diligencias previas, como cuando se procedió a la prórroga».*

B) Delitos no conexos. En el segundo caso, esto es, en el supuesto de que en el seno de la práctica de la diligencia de intervención telefónica se obtenga una evidencia de forma casual y ajena e inconexa al delito investigado, pasa por entender el hallazgo como una *notitia criminis*, debiendo el juez autorizante deducir el correspondiente testimonio, a efectos de su separada investigación, sin que por el contrario, pueda entender oportuna e ino-

---

miento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. El hallazgo no solamente se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino también puede producirse hacia el pasado, como cuando en el curso de un registro domiciliario, aparecen evidencia de otros ilícitos, o cuando, como aquí sucede, las intervenciones telefónicas pueden arrojar datos sustanciosos acerca de la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente investigados por esa vía, con tal que, como hemos dicho, tal línea de investigación sea puesta de manifiesto ante el juez, y éste, valorando los intereses en juego, acceda a su incorporación al proceso, conjugando un elemental principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos, de carácter novedoso, y que han de ser investigados, con tal que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad, y justifique su necesidad y proporcionalidad».

De manera más concreta se pronuncia en la sentencia de 10 de julio de 2012: «(…) *por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la doctrina de esta Sala casacional, ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorpresivos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma*».

> cua, desde el punto de vista de la no afectación del derecho fundamental subyacente, dotar sin más de valor probatorio a la evidencia así obtenida. Al respecto la STS de 23 de abril de 2015 según la cual «*La relevancia para el derecho fundamental, al entender de la sala de instancia, tuvo lugar por cuanto la Instructora, al tomar conocimiento en el curso de una investigación de un hecho delictivo que no era conexo con el inicialmente investigado, lo que debió hacer es darle el tratamiento de noticia criminis, incoar un nuevo proceso y remitirlo al Juzgado Decano de Lugo para su reparto, en lugar de limitarse a ampliar el Auto inicialmente dictado y continuar con la instrucción conjunta de la causa durante casi cuatro años».*

En resumen, la jurisprudencia manifiesta que si el hallazgo casual da a conocer un delito no conexo con aquél en cuyo proceso fue hallado, se le dará valor de *notitia criminis* y servirá para instar un nuevo proceso.

Este es el supuesto previsto en el artículo 579 bis, en cuanto se refiere a la utilización del medio de investigación o prueba en «*otro proceso penal*». Caso en el que la «*continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente*».

Este precepto abarca en realidad dos cuestiones que están estrechamente relacionadas entre sí: por un lado, se establece la posible utilización en un proceso diferente, tanto como medio de investigación como de prueba, de los materiales obtenidos en un determinado proceso. Por otro, se regulan cuáles son las condiciones que deberán cumplirse para que ello sea así.

Por tanto, parece deducirse del texto legal que se ha superado ese límite jurisprudencial del mero valor como «*notitia criminis*», y ha aceptado darle valor probatorio bajo determinados presupuestos.

De esta manera, y siguiendo el confuso dictado del legislador, estos materiales pueden constituir no sólo un punto de partida lícito para otras diligencias de investigación, sino también un medio de prueba lícito en sí mismo, con lo que de alguna forma, y con los requisitos que mencionaremos a continuación, el legislador ha autorizado una especie de convalidación «*ex post*» de la legalidad del hallazgo casual.

Los requisitos los regula en sus apartados 2 y 3. En el primero, exige que se deduzcan los testimonios de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la medida, con lo que se trata de constatar en el segundo proceso que la medida en cuestión cumplió con los requisitos de legalidad exigibles en el proceso en el que la misma se adoptó. Para ello parece que lo lógico sea que solicite del juez la expedición de los mismos quien propone la utilización de la medida.

Sobre que deba hacer con ello el juez del segundo proceso, nada dice el legislador. Sin embargo, como posteriormente veremos, a la luz de la jurisprudencia y, a pesar de que el juez del primer proceso habrá llevado a cabo un control de la legalidad, si la parte contraria impugnara su legalidad, habrá de analizar los escritos presentados en el segundo proceso, a la vista de que se persigue y enjuicia un delito diferente.

Ya en el apartado 3, se precisa lo que se exige de los actos posteriores para continuar con la investigación del delito ocasionalmente descubierto. Se prevé así una nueva autorización judicial que legitime los posteriores descubrimientos y que abarque no sólo los extremos propios de la medida de que se trate, sino también los específicos derivados de provenir de un descubrimiento ocasional.

En este marco, especial mención cabe hacer a la medida de acceso a dispositivos de almacenamiento masivo de información, en cuanto el procedimiento habitual será la realización de una copia de la información, con lo que no debe resultar complicado una nueva autorización para la utilización de esos datos relativos a otro delito distinto. No obstante, recordemos que el procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 588 sexies c y en el apartado 4, permite por razones de urgencia a la policía o al Ministerio Fiscal ampliar el registro o acceder inmediatamente al examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado. En este caso nos preguntamos si será también aplicable a los supuestos en los que afecta a ese nuevo delito. Considero que no habría obstáculo alguno, siempre y cuando se sujete al régimen previsto para estos casos y que obliga a la inmediata comunicación al juez ya en todo caso dentro del plazo máximo de 24 horas y la posterior resolución motivada de aquél en el plazo de 72, en la que confirme o revoque dicha actuación. Será entonces el juez quien, *a posteriori*, valore si esta medida es o no adecuada para la investigación de ese delito, confirmando o revocando la actuación original; y adopte las nuevas medidas necesarias para continuar en su caso con la investigación del mismo. Opción ésta no prevista para el registro remoto de equipos informáticos, por lo que el régimen ha de ser el mismo que el de la intervención de las comunicaciones.

Otra cuestión cabe destacar y es que, partiendo de la necesaria autorización judicial[29], debe ponerse en conocimiento no sólo ante el órgano judicial ante

29. Así lo resuelve el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de julio de 2012, refiriéndose a un supuesto en el que se alega la conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones como consecuencia de una interceptación telefónica judicial que tiene por base la audición de una conversación sospechosa que se capta en el curso de un procedimiento penal, tildándola de insuficiente y prospectiva. Así, los *Mossos d'Esquadra* se encontraban investigando una red criminal dedicada a la explotación ilegal de trabajadores extranjeros en el cinturón de Barcelona, y en ese contexto escucharon una conversación que, desde uno de los teléfono observados, sostenía que un individuo ofrecía viajes

el que se hiciera valer, sino también al que hubiera ordenado la práctica del acto de injerencia. Coincidimos en este caso con las apreciaciones de RODRÍGUEZ LAINZ[30] que en su interpretación del artículo 579 bis LECr, opina que «*todo aprovechamiento de datos identitarios deducidos en el curso de una intervención de comunicaciones requeriría, de un modo u otro, una previa decisión judicial. Siendo así, si la decisión sobre la continuidad de la injerencia sobre el delito casualmente descubierto no ofrece la menor duda, la situación del simple aprovechamiento de información fuera del procedimiento en el que se obtiene sí debe cuestionarse. La fórmula empleada en los dos primeros apartados del artículo 579 bis permite reconocer cierta capacidad de iniciativa en la unidad policial que tiene conocimiento del hecho descubierto, en tanto en cuanto la causa no estuviere secreta; derivando de esta forma la cuestión sobre la necesaria deducción de particulares sobre la intervención a una decisión que pudiera ser adoptada, bien por el propio órgano autorizante o por la autoridad judicial ante la que se pretendiera hacer valer tal fuente de conocimiento. En definitiva, si algún requisito incontestable se pudiere deducir de los dos primeros apartados, es que esta utilización de información sí debía cuanto menos ser puesta en conocimiento del órgano judicial ante el que se hiciera valer, pero también ante el que hubiera ordenado la práctica del acto de injerencia*».

Todo ello no obsta a que, de acuerdo a una actual jurisprudencia, la única valoración que deba hacer el Tribunal del posterior proceso sea relativo a si los indicios son racionalmente suficientes para acordar la medida limitativa de

---

a ciudadanos chinos residentes en España hacía otros países de la Unión Europea, siempre que su estancia en nuestro país fuera ilegal, a cambio de grandes sumas de dinero: «(…) *si la persona tiene permisos, no nos necesita a nosotros* (…)». Ante ello, los agentes se dirigen al Juzgado de Instrucción, ponen en conocimiento el contenido de la llamada, que fue certificada por el Secretario Judicial, e interesan la interceptación judicial del número entrante, de cuyo interlocutor solamente conocen su apellido. De manera que tal conversación es indiciariamente constitutiva de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, particularmente en el aspecto de protección de los flujos migratorios, y tal hallazgo casual fue inmediatamente puesto en conocimiento del Juez. Por eso, sostiene la el Tribunal que «*hemos declarado que, aunque es cierto, que por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, la doctrina de esta Sala Casacional, ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorpresivos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma* (…) *En el propio sentido, la STS 768/2007, de 1 de octubre, declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo. En la STS 885/2004, de 5 de julio, se decía que "las Sentencias de esta Sala 1004/1999, de 18 de junio y 1990/2002, de 29 de noviembre, sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva". Consecuentemente, concluye, existe proporcionalidad, necesidad, especialidad e idoneidad en la adopción de la medida*».

30. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la naturaleza jurídica de los datos identificadores de aplicaciones de dispositivos de comunicaciones. Comentario a la STS, Sala 2ª, 551/2016», *Diario la Ley*, número 8831, Sección Doctrina, 26 de septiembre de 2016, La Ley 6777/2016, p. 9.

derechos fundamentales. Así lo resuelve en su sentencia de 5 de mayo de 2016, según la cual «*Como señala la sentencia de instancia, estos datos, deducidos de otras investigaciones anteriores seguidas en causas diferentes, son racionalmente suficientes para acordar las intervenciones pues en el oficio se transcriben con detalle diversas conversaciones telefónicas, intervenidas con autorización judicial, de las cuales se deduce de forma razonable la existencia de una nueva trama dedicada al tráfico de estupefacientes en la que indiciariamente estaban integrados los titulares de los teléfonos cuya intervención solicito».*

En cualquier caso, hubiera sido también oportuno que el juez, tal y como se recogía en el proyecto de ley, en el artículo 588 bis m), debiera valorar otro hecho: «*el resultado de la intervención de las comunicaciones solo podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, siempre que se trate de un delito respecto del cual podría haberse acordado la medida conforme al artículo 588 bis b».* Hubiera sido aconsejable, pues, que se hubiera introducido una restricción sugerida por el principio de proporcionalidad.

En efecto, se trata de dejar abierta la posibilidad de que lo descubierto casualmente pueda ser utilizado con valor probatorio en aquellos casos en los que el delito ocasionalmente hallado, no hubiera podido ser investigado a través de esta diligencia, al no ser lo suficientemente grave como para justificar la injerencia en el derecho fundamental que aquélla comporta y no ser subsumible en alguno de los supuestos previstos en el artículo 571.1 LECr.

4.3. Interpretación extensiva a los delitos conexos

A la vista de lo previsto por el legislador, queda claro que se refiere de forma expresa al tratamiento de los hallazgos casuales en aquellos supuestos en los que den a conocer la existencia de un nuevo delito inconexo con el que dio lugar a la investigación. Y en estos supuestos les otorga el valor de diligencia o prueba en aquél, siempre que se cumplieren determinados requisitos, exigiendo, además una nueva autorización judicial para continuar con la medida de investigación en el proceso abierto ante juez competente.

Siendo esto así, parece conveniente hacer extensivo lo de esta manera previsto para los casos en que el hallazgo diere lugar a un delito conexo, cabiendo ampliar la investigación en el proceso en el que fuere recogido. Retomamos así lo manifestado anteriormente en lo que respecta a que el legislador ha dado por sentado aquello reiterado por la jurisprudencia, sólo legislando los supuestos tratados de manera más restrictiva.

No existe ninguna razón con fundamento en el nuevo texto legal por la cual ambos supuestos deban tener un tratamiento diferente, ya que es perfectamente posible cumplir con la totalidad de los requisitos legalmente previstos en ambos casos, y más cuando hasta ahora se ha tratado jurisprudencialmente de manera más benévola a los delitos conexos que a los que no lo eran, en cuanto a su valor como medio de investigación o prueba.

5. Valoración por el órgano jurisdiccional de la legitimidad de la injerencia

Según lo previsto en el artículo 579 bis LECr, a fin de que el resultado de una medida pueda ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, es preciso que se proceda a la deducción del testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, incluyendo entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

A los efectos de este precepto cabe distinguir tres supuestos, a saber, que los hallazgos casuales deriven de medidas limitativas de derechos fundamentales y bien, sirvan a una causa ya abierta ante otro órgano jurisdiccional, o a los efectos de abrir una nueva. O cuando deriven de medidas limitativas de derechos fundamentales declarados nulos en el proceso donde fueron hallados.

5.1. Hallazgos casuales derivados de medidas limitativas de derechos fundamentales

Como hemos puesto de manifiesto, cabe, en primer lugar, que los hallazgos casuales sirvan a una causa abierta en otro órgano jurisdiccional, supuesto en el que habrá de introducirse el testimonio de los particulares necesarios a efectos de que el Tribunal que haya de conocer revise la legitimidad de la medida, lo que no implica que los jueces instructores que reciban oficios policiales en los que se soliciten medidas apoyadas en diligencias de investigación derivadas de otras causas necesiten revisar en su integridad o con detalles las causas anteriores, o deban valorar necesariamente, bajo pena de nulidad, si las medidas acordadas en anteriores procedimientos son válidas constitucionalmente o no, antes de otorgar las autorizaciones que les sean solicitadas.

Sólo en los supuestos en que la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba, la parte que propuso el

medio de prueba cuestionado deberá justificar de forma contradictoria su legitimidad.

De forma tal que el juez que reciba un oficio policial que aporte datos suficientes para adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales en una causa de su competencia, no tiene necesariamente que efectuar una valoración propia y previa de la legitimidad constitucional de las medidas adoptadas por otros órganos judiciales en otros procedimientos diferentes, recabando para ello las causas completas, por el hecho de que alguno de los indicios aportados en el oficio policial tenga su origen en investigaciones practicadas en otros procedimientos. Lo que no obsta a que deba comprobar que se ha aportado el testimonio en el que se ha debido incluir entre los antecedentes, en todo caso, la solicitud inicial de la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

En aquellos otros casos en los que de la primera causa se desgaja otra, cabe precisar, pues, como lo hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de abril de 2017, que si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio *in dubio pro reo* autoriza a cuestionar o sospechar de la ilicitud a lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuesto de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en otros procesos, para que no exista duda acerca de la licitud de las misma, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, cuyos derechos fundamentales se ven perjudicados.

5.2. Hallazgos casuales derivados de medidas limitativas de derechos fundamentales declaradas nulas

La cuestión que se plantea de forma más especial es la relativa a aquellas ocasiones en las que los hallazgos casuales deriven de medidas limitativas de derechos fundamentales declaradas nulas.

Al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de abril de 2010 «*c) Y en lo relativo a la existencia de una nulidad de la totalidad de la prueba derivada de la nulidad de las intervenciones telefónicas, debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida entre otras, en sentencias 416/2005 de 31.3, 261/2006 de 14.3, 25/2008 de 29.1, 1045/2009 de 4.11, 1183/2009 de 1.12, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso*

de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración».

Recordaba la STS de 20 de enero de 2001, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe de darse.

En palabras de la STS de 3 de noviembre de 1999, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras «*tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible* (...)»[31].

En idéntico sentido podemos decir con la STS de 22 de septiembre de 2004 que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En similar dirección, el Tribunal Constitucional en sentencia 66/2009 de 9 de marzo, ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la

31. Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas.

Por último, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo[32].

Por otra parte, se ha mantenido la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración de autoincriminatoria, no solo de acusado en plenario[33], sino incluso de imputado en instrucción «*en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas*»[34]. En igual dirección el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de noviembre de 2006 ha precisado que «*En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita*».

Así bien, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, lo primero que habrá de analizarse en estos supuestos es si, desde una perspectiva causal-natural o físico-natural, aparecen claramente vinculadas las diligencias policiales con respecto a la medida limitativa de derechos fundamentales. De forma tal que habrá de evaluarse sí concurre la relación de causalidad natural entre la medida limitativa de derechos fundamentales declarada nula y las diligencias derivadas en las que se fundamenta el proceso posterior por otros hechos delictivos. Si se constata que sin la primera medida no se habrían realizado las que dieron lugar a otro proceso, existe nexo causal.

A continuación y tras examinarse que efectivamente existe nexo causal entre la medida limitativa y las fuentes de prueba derivadas de las mismas, se hace

32. STC 81/98 de 2 de abril.

33. SSTC 136/2006, de 8 de mayo y 49/2007, de 12 de marzo.

34. SSTC 167/2002, de 18 de septiembre y 184/2003, de 23 de octubre.

preciso analizar la conexión de antijuridicidad entre unas y otras[35]. Y ello porque la jurisprudencia constitucional viene resolviendo que el efecto anulatorio no se deriva sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino de la conexión jurídica entre ambas, o conexión de antijurididad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

En efecto, estableció que cuando las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran un derecho fundamental[36].

---

35. Un caso concreto en el que se alega nulidad de las intervenciones practicas por ser las diligencias anteriores de las que procede el origen de las investigaciones, declaradas nulas, es el resuelto en la STS de 5 de mayo de 2016, que las estima válidas a la luz de las siguientes consideraciones: «S*e alega en tercer lugar, como fundamento de la solicitud de nulidad de las intervenciones practicadas en esta causa a partir del auto de 24 de agosto de 2011, que en las diligencias anteriores de las que procede el origen de las investigaciones se decretó la nulidad de las intervenciones, nulidad que debe trasladarse a este procedimiento. Se refiere la parte recurrente a la que la STS de 12 de abril de 2014 anuló la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma recaída en las DP 5200/2008, y absolvió a los acusados por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a que la sentencia dictada por la Sección primera de la AP de Palma de 19 de junio de 2012 recaída en las DP 527/2009, que es firme al no haber sido recurrida, absolvió igualmente a los acusados por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, siendo dichas diligencias la matriz de la que procede la actual investigación.*

Analizada nuestra doctrina jurisprudencial puede apreciarse que efectivamente la STS 296/2013, de 12 de abril, anuló la sentencia de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca recaída en la D.P 5200/2008.

Ahora bien, lo hizo porque la legitimidad de las intervenciones telefónicas fue eficazmente cuestionada en dos ocasiones, precisamente por basarse en datos procedentes de intervenciones telefónicas acordadas en otra causa distinta. Y pese a ello el Fiscal interesado, como parte acusadora, en hacer valer el contenido de las escuchas como prueba e cargo, no aportó al juicio los antecedentes procedentes. No lo había hecho antes e plantear formalmente la acusación; no lo hizo en el momento de ésta; tampoco en el trámite de cuestiones previas; y ni siquiera durante el desarrollo de la vista.

En consecuencia, en la STS citada se aplicó estrictamente el contenido del acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda: existió cuestionamiento expreso del fundamento de las interceptaciones y la parte acusadora pública no aportó, como hubiera debido, los antecedentes precisos para valorar la legitimidad de tales injerencias.

Sin embargo, en el caso actual no concurren las mismas circunstancias. En efecto, ante el cuestionamiento de las intervenciones basado en su procedencia de datos derivados de una causa anterior, el Ministerio Fiscal aportó íntegramente las causas anteriores para que pudiera comprobar cuantos datos fuesen necesarios para constatar la motivación suficiente de las intervenciones acordadas en dichas causas anteriores. En consecuencia, a razón que dio lugar a la anulación de las intervenciones realizadas en causas anteriores no concurre en el supuesto actual, y tampoco puede transmitirse a las intervenciones que obran en la presente causa pues habiéndose aportado los antecedentes necesarios para poder efectuar todas las comprobaciones pertinentes sobre la validez de los datos procedentes de anteriores diligencias, sin que se haya cuestionado expresamente en el juicio ninguna de las anteriores resoluciones, no cabe apreciar conexión alguna de antijuridicidad entre la causa de nulidad apreciada en la STS 29/2013, de 12 de abril, y las pruebas de cargo practicadas en la causa actual».

36. STC 21/1998, de 2 de abril.

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer lugar, la índole y características de la vulneración del derecho fundamental materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige.

Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

En definitiva, la conexión de antijuridicidad supone que la prohibición de valoración de pruebas originales no afectará a las derivadas si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad.

Se trata de valorar si la prueba derivada es jurídicamente ajena a la vulneración del derecho constitucional, por haberse adquirido con medios distintos y autónomos de los determinantes de la prueba ilícita. Por otra parte, se debe comprobar si la prohibición de la prueba derivada es una exigencia de tutela del mismo derecho fundamental. Si la prueba derivada resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la pretendida ineficacia no es una exigencia por las necesidades esenciales de tutela del derecho constitucional conculcado, habrá de concluir que es constitucionalmente legítima al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configurar el contenido del derecho fundamental sustantivo.

De forma tal que la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada constituye un requisito necesario pero no suficiente para afirmar la licitud constitucional de las pruebas derivadas.

La conexión de antijuridicidad se ve modulada por el principio o la fuente independiente que supone analizar si la prueba procede de una fuente probatoria distinta de aquella otra que vulnera un derecho fundamental, y también por la doctrina de la conexión atenuada que implica valorar si pese a la relación causal entre la prueba originaria y la derivada se aprecia alguna circunstancia que la atenúe, como el transcurso de un periodo de tiempo suficiente o la concurrencia de actos libres interpuestos.

Pero fundamentalmente debe tenerse en cuenta el principio del descubrimiento inevitable que analiza si la prueba obtenida con infracción de algún derecho constitucional, hubiera sido, en todo caso, descubierta, de manera que el resultado de la prueba ilícita fuese irrelevante. Cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, por falta de conexión causal. En los casos en que la prueba se hubiera obtenido de todos modos sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda.

5.3. Impugnación de la legitimidad de la injerencia

A) Aportación de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. En cualquiera que fuere el supuesto, para que pueda impugnarse la legitimidad de la injerencia se hace preciso que se aporte documentación a la causa. En la práctica, venía sucediendo que la insuficiencia de documentación aportada, de uno a otro proceso, no permitía disponer de los elementos de juicio indispensables para examinar la validez constitucional de la injerencia inicial. De ahí que fuera necesario el Acuerdo para la unificación de criterios adoptado por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008, en el que se dispone que «*En los procedimientos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.*

En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

Éste ha sido interpretado por distintas sentencias del Tribunal Supremo[37]. En concreto por la de 26 de septiembre de 2016, en el sentido: «*a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda valerse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la Ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias».*

Este Acuerdo es el que ha dado origen a lo previsto en el segundo apartado del artículo 579 bis LECr, según el cual «*… a tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen».*

Por consiguiente, lo que procede en todo caso para poder dar validez o no a una medida limitativa de un derecho fundamental es traer a la causa las resoluciones judiciales que la ordenaron en el procedimiento matriz, acompañadas de la documentación que pudiera legitimarlas, y también el resultado de la medida. En ese momento cabe impugnar su juridicidad, siendo posible incluso que se constate su juridicidad, pudiendo no sólo resultar legitimadas las pruebas indirectas que se practicaron en el plenario, sino también sería factible recibir declaración sobre el contenido de la medida al acusado.

Por lo tanto, el problema realmente se plantea en aquellos supuestos en los que la defensa en el proceso en el que los hallazgos se incorporan, cuestiona su validez y legitimidad constitucional. La necesidad de que el tribunal cuente con todos los elementos de juicio que permitir descartar cualquier vulneración de derechos fundamentales y que conduzca a una nulidad probatoria, impone la necesidad de disponer de los elementos de juicio precisos para pronunciarse sobre esa alegación[38].

---

37. SSTS de 26 de junio de 2009, de 12 de abril de 2011.

38. Al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 2009 «(…) *La ausencia de determinados documentos y la imposibilidad de acreditar su verdadera existencia, pueden desplegar un efecto invalidante respecto de la legitimidad de la media de intervención telefónica —art. 11 LOPJ—. Sin embargo, la legitimidad del sacrificio del derecho previsto en el artículo 18.3 CE no puede ponerse en entredicho por la circunstancia de que falten algunos de los antecedentes de los que pudiera traer causa el acto limitativo cuestionado. La afirmación de que como no puede presumirse que las intervenciones anteriores fueran legítimas, las posteriores son nulas, sin que puedan tenerse en cuenta el resto de los medios de prueba, admite otro enfoque. La nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el artículo 238 LOPJ, con la consecuencia de la pérdida de efectos que impone el art. 11 de la misma ley. Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque no consta la legitimidad de todas aquellas actuaciones procesales, practicadas en otros procedimientos y a las que se*

No era esta la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma del 2015. Por todas la resumimos con la STS de 24 de junio de 2009, que hace una recopilación de la doctrina jurisprudencial, diciendo: «*la ausencia de determinados documentos y la imposibilidad de acreditar su verdadera existencia, pueden desplegar un efecto invalidante respecto de la legitimidad de la medida de intervención telefónica —art. 11 LOPJ—. Sin embargo, la legitimidad del sacrificio del derecho previsto en el artículo 18.3 de la CE no puede ponerse en entredicho por la circunstancia de que falten algunos de los antecedentes de los que pudiera traer causa el acto limitativo cuestionado. La afirmación de que como no puede presumirse que las intervenciones anteriores fueron legítimas, las posteriores son nulas, sin que puedan tenerse en cuenta el resto de los medios de prueba, admite otro enfoque. La nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el artículo 238 de la LOPJ, con la consecuencia de la pérdida de efectos que impone el artículo 11 de la misma ley. Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque no consta la legitimidad de todas aquellas actuaciones procesales, practicadas en otros procedimientos y a las que se atribuye —sin explicar el por qué— la condición de antecedentes, supone desenfocar el contenido material del derecho que se dice vulnerado. Estaríamos alentando la creación de la nulidad presunta, categoría carente de cobertura en nuestro sistema procesal.*

En palabras de la STS 187/2009, de 3 de marzo: «… ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio procesal 'in dubio pro reo' llegan hasta el punto de tener que presumir por mandato constitucional que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son ilegítimas e ilícitas».

---

atribuye —sin explicar el porqué— la condición de antecedentes, supone desenfocar el contenido material del derecho que se dice vulnerado. Estaríamos alterando la creación de la nulidad presunta, categoría carente de cobertura en nuestro sistema procesal».

También lo manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de enero de 2009 que «*La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad de las injerencias ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre dicha cuestión con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto, sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes al principio de la buena fe y lealtad procesal en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso.*

Es indudable, pues, que, en el presente caso, las defensas de los procesados tuvieron la posibilidad de interesar la unión a estas actuaciones de un testimonio de particulares del primero de los procesos, si es que querían poner de manifiesto alguna ilegalidad o irregularidad en la actuación judicial relacionada con el derecho al secreto de las comunicaciones, o con cualquier otro de los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados por ellas, por lo que, en último término, nunca podrían alegar con el debido fundamento una posible indefensión».

La cuestión suscitada no ha sido hasta ahora objeto de un tratamiento uniforme por la jurisprudencia. No faltan precedentes en una y otra dirección.

La STS 503/2008, de 17 de julio, recaída con ocasión de los atentados acaecidos el 11 de marzo de 2004, hacía frente a una argumentación muy similar: la parte recurrente sostenía la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, afirmando que los autos, iniciales o acordando prórrogas, dictados en otras causas que permitieron las escuchas de conversaciones utilizadas como prueba en su contra, no estaban suficientemente motivados y que en los testimonios aportados no aparecían las solicitudes policiales que los precedían. Concluía el razonamiento afirmando que "… siendo así no era posible aceptar la motivación por remisión, lo que determinaría la nulidad de las intervenciones. Y consecuentemente de todas las pruebas obtenidas a partir de las mismas". Añadía el recurrente que en el informe del plenario había impugnado uno a uno los autos dictados por los juzgados que intervinieron.

Pues bien, esta misma Sala, comienza por reconocer que "… es la acusación la que debe constatar que se han respetado las exigencias legales y jurisprudenciales relativas a las pruebas de cargo que presenta, pues aunque no existan razones para una sospecha sistemática contra la acción de la autoridad, más allá de las que justifican el control sobre el ejercicio del poder, en el examen de estas cuestiones debe partirse de la integridad e indemnidad de los derechos fundamentales, de forma que la constitucionalidad de su restricción debe quedar acreditada. Dicho de otra forma, el principio general en un sistema democrático es la vigencia de los derechos fundamentales y la excepción, que debe estar justificada, su restricción por parte de los poderes públicos". Sentado este principio general, reconoce que, en relación con el supuesto de hecho entonces enjuiciado, "… es claro que esta Sala no dispone en este momento de todos los elementos necesarios para examinar la validez de aquellas intervenciones, pues tampoco dispone de los oficios policiales que precedieron a aquellas decisiones jurisdiccionales. Pero teniendo en cuenta los testimonios de los autos de autorización por un lado, de los que resulta que el auto de 6 de febrero fue dictado por el mismo órgano jurisdiccional que dictó el inicial de 12 de diciembre de 2003, lo que implica un mínimo conocimiento de la causa, y valorando de otro la sentencia del Juzgado de lo Penal, aunque no conste su firmeza, considera que dada la ausencia de otros datos relevantes debe inclinarse por el contenido de la resolución jurisdiccional que declara la validez de las escuchas iniciales, lo cual determina la desestimación del motivo"».

Actualmente, por mor de lo dispuesto en el art. 579 bis, aquellos otros supuestos en los que no fueran aportadas a la causa las resoluciones judiciales legiti-

madoras de las fuentes de prueba con que se ha abierto el subsiguiente proceso y de la documentación en que se sustentan, sólo cabría declarar la ilicitud de la medida limitativa de los derechos fundamentales y de cualquier otra que directa o indirectamente se derivaron de las mismas[39].

En definitiva, coincidimos con González-Cuéllar Serrano en que el juicio sobre la legitimidad de la medida no se agota en la constatación de la existencia de una inicial resolución habilitante y, en su caso, de los autos mediante los que se decide la prórroga de la interferencia ya acordada. Es preciso analizar las solicitudes que han impulsado el acto jurisdiccional. Sólo así podrán valorarse las exigencias de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad. Esas solicitudes adquieren un valor especial, sobre todo, en aquellos casos en los que la garantía jurisdiccional se motiva por remisión a la solicitud policial o, en su caso, del Fiscal. Nótese que la enumeración de esos particulares no es excluyente. Todos aquellos documentos que puedan contribuir a resolver una hipotética queja acerca de la legitimidad de origen de la medida restrictiva, habrán de ser aportados. Las solicitudes y las respectivas resoluciones de prórroga, según el precepto, serán testimoniadas en todo caso. Lo decisivo, al fin y al cabo, es que no quede duda alguna de la validez de la prueba cuya funcionalidad pretende proyectarse a un segundo proceso. De ahí que, como explica el segundo de los apartados del art. 579 bis «*…se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia*».

En cualquier caso, especial consideración merecen algunas diligencias tecnológicas en las que con mayor probabilidad pueden ocasionarse hallazgos casuales, como las de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Todas estas diligencias deben cumplir con los requisitos generales previstos en el art. 588 bis, pero además presentan determinadas peculiaridades relativas a lo que es propio de su ejecución. Es por ello que el juicio que debe realizarse sobre la legalidad de la medida en la que tal hallazgo se produce, debe tomar en consideración sus elementos específicos. En este contexto tengamos en cuenta que ha de atenderse muy especialmente al juicio específico que atañe al hallazgo casual acerca de si era o no previsible que se pudiera descubrir la comisión de ese otro delito, juicio de valor que es más complicado llevar a cabo

39. En este sentido *vid.* STS de 3 de abril de 2017.

en las diligencias tecnológicas en cuanto abarcan un ámbito objetivo y subjetivo más amplio de la vida, por ejemplo, del sujeto grabado.

De hecho, cabe destacar la necesidad de una solicitud y correspondiente autorización expresa para acceder a la información contenida en los dispositivos de almacenamiento de información que hayan sido encontrados e incautados durante un registro. Será tal solicitud y autorización la que deberá ser analizada en el sentido del artículo 579 bis 2, y en su contexto es en el que se valorará la eventual posibilidad que existía en el momento de la solicitud de la medida de que el delito ocasionalmente descubierto pudiera haber sido previsto en los términos del apartado 3 del mismo precepto.

A mayores, el juez al que se comunique la existencia del hallazgo casual en la medida de registros remotos sobre equipos informáticos habrá de tener en cuenta, al igual que con la intervención de comunicaciones, la especial relación de delitos para la que el artículo 588 septies a apartado 1 LECr establece que aquélla pueda ser adoptada, pues el ámbito objetivo es más restrictivo que en el resto de las diligencias. Aun cuando la cuestión ya fue tratada sin una solución por el legislador al no preveerlo en el artículo 579 bis, esto es, ante la falta de respeto al principio de proporcionalidad.

Por último, en el caso concreto del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, cabe destacar que el legislador le ha dado un distinto tratamiento al de la diligencia de entrada y registro, impidiendo la legitimación de los descubrimientos ocasionales a través de la vía de la flagrancia, pues es cierto que en los registros informáticos no es fácil que el delito casual aparezca a la vista. Lo normal es que sea necesario un análisis profundo de la información para llegar a tener indicios fundados pero difícilmente flagrantes de la comisión de un delito. Por ello, estamos de acuerdo en que se le haya otorgado el mismo régimen de legalidad y de validez procesal que al resto de las diligencias tecnológicas.

B) Ilegitimidad de la injerencia. Por otro lado, también hemos de destacar de resuelto por el ya citado Acuerdo del Pleno, es que se trata de otorgar valor a unas actuaciones judiciales y policiales que en principio deben considerarse legítimas y regulares, mientras no conste lo contrario y no al revés. Ciertamente, sería absurdo presumir que, como no constan las actuaciones iniciales obrantes en una causa distinta, hay que entender que no hubo autorización judicial de la intervención o la misma fue inmotivada o injustificada.

En consecuencia, no es suficiente con la simple alegación de la existencia de alguna infracción referida a la medida limitativa realizada en un proceso penal

precedente, sino que resulta necesario que el encausado formule una impugnación a este respecto con expresión de las razones de la misma.

En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de mayo de 2014: «(…) *no basta una impugnación genérica como la que se realizó aquí en los escritos de conclusiones de dos defensas. No se ajusta a las exigencias de la buena fe procesal ese cuestionamiento puramente estratégico y no concretado. De la lectura del párrafo antes transcrito, no cabía inferir una queja por la no incorporación de los antecedentes de las escuchas. No se aducía y ni siquiera se insinuaba la posibilidad de que las conversaciones que fundaron las intervenciones no contasen con respaldo judicial y legal suficiente. Desarrollar y detallar luego esa queja al inicio del juicio oral en esos términos anulaba toda capacidad de reacción y atentaba a la lealtad procesal*».

Por otro lado, se hace necesario precisar el momento procesal oportuno para tal impugnación. No cabe la impugnación de la legitimidad de la fuente de prueba *per saltum* en la alzada cuando no se solicitó en la instancia. Tampoco cabe su formulación en las conclusiones definitivas o en el informe oral. Lo procedente será manifestarlo en la instrucción, en el escrito de calificación provisional o en el trámite de cuestiones previas. Nótese que no cabe solicitar la práctica de diligencias de al inicio del juicio oral puesto que concluida la instrucción y consentido el auto de conclusión sin haber solicitado su revocación, no cabe la retroacción del procedimiento resucitando una competencia para la investigación del delito que ya no tiene el juez de instrucción y que nunca podrá tener la Audiencia Provincial[40].

En la misma sentencia anteriormente citada se continúa diciendo: «*Desde el punto de vista procedimental, esta Sala viene considerando que esa impugnación —específica y no puramente retórica— exigible como carga, ha de hacerse en los momentos habilitados a tal fin. Por supuesto que cabe durante toda la fase de instrucción; también, indudablemente, en el escrito de calificación. En los procedimientos en que existe la previsión de una audiencia preliminar es factible aflorarla al inicio del juicio oral. Sobrepasado ese instante se cancela la posibilidad de esta alegación, lo que tiene toda lógica. Cerrada ya la fase probatoria, la acusación se vería imposibilitada de acreditar la legitimidad de la prueba tardíamente combatida. Sería ya extemporánea una impugnación que apareciese en el informe del juicio oral o en el recurso contra la sentencia… Es cierto que esta exigencia no es meramente formal, y no alcanza a los supuestos en los que los acusados, pudiendo hacerlo, no han impugnado en momento procesal hábil la fundamentación de las escuchas. En consecuencia, el motivo no puede pros-*

40. Richard González, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, La Ley, Madrid, 2017, pp. 283-284.

perar si la alegación de nulidad de las resoluciones judiciales por falta de constancia de los oficios policiales que complementan su motivación, se realiza "per saltum" en esta alzada, aun cuando se trate de una cuestión que afecta a un derecho fundamental, y tampoco cuando se alega en la instancia cuando ya ha transcurrido el período de prueba, en la calificación definitiva o en el informe oral, pues en tal caso ya ha concluido el debate probatorio y su silencio anterior permite concluir que considera suficientes las resoluciones judiciales, sin necesidad de las demoras derivadas de la obligación de aportar adicionalmente la documentación policial, si no consta previamente en la causa. Pero cuando, como consta expresamente en el cao actual, la parte acusada ha cuestionado expresamente al comienzo del juicio oral, como cuestión previa, la validez de las escuchas telefónicas, invocando precisamente como causa de nulidad la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales al no constar en la causa los oficios policiales a los que se remiten, es claro que dicho cuestionamiento, expresado en tiempo hábil, impone a la acusación la carga de aportar la documentación pertinente al proceso, para acreditar que la injerencia en el derecho fundamental de los acusados se ha producido motivadamente».

6. Juez competente para conocer del delito conocido casualmente

El desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el artículo 24.2 CE, comprende el derecho a un juez o tribunal imparcial, reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[41].

En lo relativo al contenido del derecho al juez ordinario predeterminado, se excluye del mismo los aspectos relativos a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales y a la integración personal de los mismos, aunque, respecto a esto, se haya dicho que, no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a los últimos en su situación personal. Pero advirtiendo que aquella garantía se traduce en exigencias para el legislador, a quien se reserva la potestad al efecto, sobre el grado de concreción en el establecimiento de los criterios atributivos, y también para la jurisdicción que no

41. STC 145/88, así como del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1998, de 21 de diciembre de 1999, o de 9 de octubre de 2001.

puede hacer aplicación de dichas normas desde la arbitrariedad o absoluta falta de razonabilidad[42].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo recuerda las consecuencias que pueden derivarse de la asunción de competencias luego reconocidas como no correspondientes. Así en su sentencia de 5 de junio de 2006 se dice que el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales, artículo 242 LOPJ, en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos, en los que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones.

Al respecto, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de marzo de 2004, en un supuesto en que se examinaba la actuación investigadora de un Juzgado de Instrucción por un delito de falsificación de moneda, competencia de la Audiencia Nacional, declaró que «*salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo, fundamento de derecho 2º las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba determinada.*

Y esto no ocurre cuando se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados». Y añade que «*En modo alguno cabe considera nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de la investigación de los delitos competencia de la Audiencia Nacional. A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción, para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para atribuir tienen los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional.*

---

42. Manifiesta el Tribunal Constitucional en sentencia 156/2007, de 2 de julio, que «*Es doctrina constitucional reiterada que dicho derecho exige, de un lado, la preexistencia de unas pautas generales de atribución competencial que permitan determinar, en cada supuesto, cuál es el juzgado o tribunal que ha de conocer del litigio, salvaguardando así la garantía de independencia e imparcialidad de los jueces que conforma el interés directo preservado por aquel derecho y, de otra parte, que el órgano judicial llamado a conocer de un caso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva su actuación y, finalmente, que por el régimen orgánico y procesal al que esté sometido no pueda calificarse como órgano especial o excepcional.*
Junto a ello, este tribunal ha afirmado que las normas sobre competencia y, consecuentemente, la determinación del órgano judicial competente, son materias que conciernen exclusivamente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, de modo que al Tribunal Constitucional solamente le corresponde analizar si en el supuesto concreto la interpretación y aplicación de las normas competenciales se ha efectuado de un modo manifiestamente irrazonable o arbitrario.
Línea jurisprudencial reiterada sin solución de continuidad por el Tribunal Constitucional (...)».

Y en este sentido hay varias disposiciones de la LECr que dan supuesta la validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial. Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase».

Por tanto, los efectos anulatorios de los artículos 11, 238.1 y 240 LOPJ únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos. Siendo así aplicables los artículos 22.2 LECr y 243.1 LOPJ, en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos.

Al respecto la STS de 1 de febrero de 2011 manifiesta que la cuestión de la determinación del órgano competente dentro de los tribunales ordinarios, tanto para la instrucción como para el enjuiciamiento, carece de relevancia constitucional, salvo en aquellos casos en que un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad.

Como establece la STS de 25 de octubre de 2002: «*Las normas de reparto son disposiciones públicas, aunque de carácter interno que no tienen por finalidad establecer la competencia, lo que corresponde a las leyes procesales, sino regular la distribución de trabajo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional, por lo que la eventual infracción de las mismas no da lugar sin más exigencias a la vulneración de ningún derecho fundamental».*

Además, hay que tener en cuenta, según el Tribunal Supremo, así en sentencia de 5 de junio de 2006, que el principio de seguridad jurídica el de necesidad de conservación de los actos procesales (art. 242 LOPJ), en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan a mantener la validez de los actos procesales.

Pues bien, son numerosos los supuestos en los que el órgano jurisdiccional amplía la investigación inicial a otro delito descubierto casualmente, sin que entre ambas infracciones exista conexidad alguna, manteniendo la investigación conjunta de ambos ilícitos en el marco del mismo procedimiento. Claro está que esto podría suponer una infracción del derecho al juez predeterminado por la ley, conllevando la nulidad de las actuaciones y, por ende, la de toda prueba procedente dichas actuaciones, en aplicación de la llamada teoría del fruto del árbol envenenado.

Se trata de aquellos casos en que, cuando la policía, en el seno de unas intervenciones telefónicas y teniendo en cuenta que a ella le compete conforme al artí-

culo 588 ter f. el control de la medida, detecte la posible comisión de un delito distinto de aquella para cuya investigación se autorizó la intervención, deberá ponerlo en conocimiento inmediato del juez que autorizó la medida. Será éste quien deberá valorar si se está ante un delito con una posible conexión con el ya investigado y decida continuar con la investigación de ese nuevo delito conexo en el seno del mismo procedimiento; o si a pesar de existir esa conexión, a la luz de las investigaciones considera que la complejidad alcanzada por el caso aconseja su enjuiciamiento separado. Si claramente se trata de un delito no conexo, debería iniciar un nuevo procedimiento o remitir las actuaciones al órgano que en su caso resultara competente. Pero si se siguen las actuaciones por el juez que ya conocía, debiendo haberlas remitido a otro órgano competente, entonces estamos antes actuaciones que no serían válidas por la carencia de competencia.

Sin embargo, como hemos visto, la doctrina jurisprudencial, consolidada y constante, asocia la lesión del derecho fundamental aludido a la búsqueda intencionada de un juez o tribunal distinto al llamado previamente por la ley a conocer del concreto asunto de que se trate, tratando tal búsqueda como algo nítidamente diferenciado de una mera infracción de las normas de competencia que regulan la jurisdicción ordinaria, cuya infracción nunca rebasaría la legalidad ordinaria.

Así, la STS de 28 de abril de 2014 manifiesta que «*Tal planteamiento excluye de partida la vulneración del derecho constitucional enunciado en la medida que la Audiencia Provincial de Barcelona sería en todo caso el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos. Sólo si como efecto de dicha acumulación se produjese un cambio en la competencia objetiva de dicho órgano podríamos admitir la razón del recurrente. La Audiencia mencionada constituye conforme a la ley el tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo en cualquier caso de los hechos instruidos tanto por un Juzgado como por otro. Igualmente no cabe hablar de dicha vulneración si se entiende que la acumulación debió producisre en la fase de instrucción pues la consecuencia de ello no equivale a la nulidad de lo instruido por uno u otro. Igualmente no cabe hablar de dicha vulneración si se entiende que la acumulación debió producirse en la fase de instrucción pues la consecuencia de ello no equivale a la nulidad de lo instruido por uno u otro Juzgado sino sencillamente a la inhibición correspondiente sin perjuicio de persistir la instrucción por cada uno de ellos mientras su competencia territorial no se fije definitivamente, y sabido es además que las cuestiones de competencia entre juzgados adscritos a la Jurisdicción ordinaria no constituyen tampoco vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley*»[43].

43. Al respecto también cabe destacar la STS de 21 de marzo de 2014, la que indica que «*aunque admitiésemos como verdaderas las cábalas de la defensa, no podría hablarse en rigor de infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley:*

En definitiva, es jurisprudencia consolidada que no señalándose la insuficiencia de indicios o de motivación para adoptar la medida de injerencia en un derecho en la resolución que amplió la investigación a los delitos objeto del segundo procedimiento, ni resultando de los restantes elementos de prueba reunidos en las actuaciones una prueba ilícita como efecto directo, no cabe concluir como efecto de la infracción de las normas de competencia ordinaria, en definitiva de normas de reparto, la declaración de nulidad de las pruebas practicadas y, en general, de la totalidad de la instrucción en la que no se advierta vulneración de derechos fundamentales.

Sin embargo, y a pesar de esta doctrina jurisprudencial cabe recordar que según el artículo 579 bis, el hallazgo sólo será aceptable si hay buena fe y si se respeta la competencia objetiva y el principio del juez ordinario. Tengamos en cuenta a este respecto que hay un expreso requerimiento de que «*el juez competente*» autorice la continuación de la medida, en caso contrario, no podrá darse valor alguno a lo obtenido con ella, sirviendo, en su caso, como mera *notitia criminis*.

Es la audiencia provincial la que finalmente ha enjuiciado los hechos. Ese derecho fundamental, no constitucionaliza todos los temas de competencia o reparto resueltos con arreglo a criterios legales. Menos aún cuando el órgano de enjuiciamiento no ha sido alterado.

La vulneración de las normas de reparto debiera haberse alegado con anterioridad. La relación con el derecho al juez ordinario de las normas de reparto de asuntos es muy marginal. Todos los jueces de instrucción de la ciudad ostentaban competencia territorial, funcional y objetiva para conocer de los hechos. Una asignación equivocada no podría tener mayor incidencia que la que comporta una hipotética falta de competencia territorial en la fase de instrucción cuando es tardíamente puesta de manifiesto no ha de tener transcendencia alguna si el enjuiciamiento es realizado por el órgano objetivamente competente».

El registro de material informático: requisitos y derechos afectados

Carmen Rodríguez Rubio
Profesora de Derecho Procesal
Universidad Rey Juan Carlos

1. Cuestiones preliminares

El uso de las tecnologías de la información y de la comunicación se ha hecho imprescindible en la sociedad actual. Los nuevos instrumentos tecnológicos facilitan la vida diaria de las personas, de manera que, gracias a su utilización, la realización de tareas ha conseguido una mayor efectividad. Estos nuevos instrumentos han mejorado notablemente la comunicación entre personas y también la obtención y conservación de datos; esta información, quizá, nunca ha sido tan asequible a un número tan elevado de usuarios y tan fácil de lograr, debido a que, de una manera sencilla y casi inmediata, es posible conseguir la información deseada. En este sentido, se calcula que el 92% de la información que se ha generado en los últimos años se conserva en instrumentos magnéticos, principalmente en discos duros[1].

Los medios tecnológicos, por un lado, han conseguido como se acaba de mencionar, un avance en las comunicaciones porque en las últimas décadas los medios para relacionarse con otras personas han aumentado rápidamente con la aparición del correo electrónico, el servicio de mensajes cortos y también con la mensajería multimedia[2]; de otro lado, como se ha apuntado con anterioridad, con los nuevos medios se ha conseguido tener acceso a una cantidad ingente de información. Así, a diario, se conserva información en dispositivos informáticos que a su vez se comparte con otros usuarios. Algunos programas de intercambio de archivos son muy comunes entre los internautas dado que

1. Ferro Veiga, J. M., *Manual de investigación privada*, Autoediciones Tagus, 2013, libro electrónico.

2. Rodríguez Rubio, C., «La injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones a través de la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, número 28, 2016, p. 267.

solo requieren conexión a internet y la descarga gratuita del programa. Esta circunstancia ha dado lugar a que de manera continua los usuarios realicen descargas de contenidos muy variados: como son películas, juegos o fotografías. Estas aplicaciones permiten que cada persona decida el contenido que va a compartir con otras, de tal forma que los demás usuarios podrán almacenar en sus dispositivos el contenido elegido. Este abanico de posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías puede resultar muy atractivo desde el punto de vista del ocio y el entretenimiento, pero a su vez puede dar lugar a la realización de conductas delictivas que en algunos casos perjudican los derechos de las personas más vulnerables, en particular, se puede afirmar que en materia de delitos informáticos algunas actividades están conectadas con la posesión y distribución de pornografía infantil; por otro lado, existe otro tipo de actividades como son los ataques contra sistemas informáticos, robo, manipulación de datos, usurpación de identidad, estafas, o los delitos que contravienen los derechos de propiedad intelectual[3].

Los delitos informáticos entrañan una considerable complejidad en su investigación y averiguación[4], a lo que hay que añadir la inexistencia hasta la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de un conjunto de leyes procesales específicas en esta materia. A mayor abundamiento es necesario tener presente que en la averiguación del delito y de su autor, será necesario el respeto de sus derechos fundamentales y que toda injerencia en el ejercicio de estos derechos deberá estar debidamente justificada.

2. Asunto Trabajo Rueda C. España, Sentencia de 30 de mayo de 2017

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el registro policial de material informático, actividad que incide en el derecho a la intimidad personal. Los hechos examinados en la Sentencia se remontan al año 2007, se trata de un supuesto en el que, a través de la denuncia de un técnico informático, se pone en conocimiento de la policía la posesión de material pornográfico de menores por parte de un ciudadano español. Más adelante se comentarán los fundamentos de derecho de la sentencia; no obstante, a continuación se expondrán las cir-

3. Anuario estadístico del Ministerio del Interior (2011-2013) donde se recogen los tipos penales contemplados en el Convenio de Budapest y los que se han considerado de interés policial.

4. En el Anuario se pone de manifiesto la dificultad en la averiguación de este tipo de delitos, especialmente si se tiene en cuenta el número de hechos que se esclarecieron en el año 2013, en este sentido, de los 42.437 conocidos solo se aclararon 2.167. Por otra parte, en los delitos informáticos los autores no suelen actuar en solitario sino que forman parte de grupos organizados.

cunstancias fácticas del caso, así como las argumentaciones de los distintos tribunales españoles al conocer de los hechos. El caso tiene su origen en la entrega voluntaria del poseedor del equipo informático al profesional para su reparación, manifestando el interesado la inexistencia de contraseña para acceder al equipo. Tras su reparación, el técnico procedió, con el fin de comprobar el arreglo del ordenador, a la apertura de varios ficheros ubicados en la carpeta «mis documentos» y descubrió que en la carpeta mencionada se encontraba material pornográfico de menores. La noticia de esta circunstancia dio lugar a que el técnico lo pusiera en conocimiento de la policía, entregando el ordenador a los agentes. La policía procedió directamente a examinar el contenido de la computadora, tanto de la carpeta «mis documentos» como el programa de intercambio y de compartición de ficheros eMULE. Posteriormente se entregó el dispositivo a la policía judicial experta en informática y después se comunicó la investigación al Juez instructor.

Tras el inicio del proceso oportuno, el acusado fue condenado a una pena de cuatro años de prisión por posesión y difusión de imágenes de menores de carácter pornográfico. La Audiencia Provincial de Sevilla (en adelante, APS) para declarar su culpabilidad se fundamentó en el informe pericial de la policía y otros documentos, así como en el contenido de ciertos archivos del ordenador intervenido. La defensa manifestó la vulneración del derecho a la intimidad personal de su cliente porque la policía había accedido al contenido de su ordenador y además había procedido a la grabación de los archivos. En virtud de esta presunta vulneración se solicitaba la declaración de nulidad de estos elementos probatorios. Se trataría, por lo tanto, de prueba ilícita o prueba prohibida que al contravenir lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tendría ningún efecto en el proceso. Ante estas peticiones, la APS declaró la ausencia de violación del derecho a la vida privada del acusado por los siguientes motivos: el interesado había permitido el acceso a su ordenador por parte del técnico informático por lo que no pretendía reservar la información de sus ficheros y no había configurado el programa eMule de manera reservada frente a terceros. En este sentido la APS señaló que difícilmente se podría reconocer la vida privada del acusado cuando ni el mismo había establecido restricciones en sus ficheros respecto de otros usuarios.

Tras la sentencia condenatoria, el interesado interpuso recurso de casación argumentando la violación de sus derechos fundamentales. El recurso fue desestimado en base a que la intromisión en su intimidad había sido consentida por el recurrente al entregar el ordenador sin limitación alguna y al encontrarse los ficheros en una carpeta compartida con otros usuarios del programa eMULE. Después de agotar el orden jurisdiccional penal, el condenado formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), alegando su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y el respeto del principio a la presun-

ción de inocencia (art. 24.2 CE). El Fiscal apoyó sus peticiones al entender que se habían vulnerado sus derechos fundamentales. Tras el proceso oportuno, el TC, en su pronunciamiento, aludió a su jurisprudencia y, en particular, a la STC 70/2002, de 3 de abril, manifestando que el acceso al contenido de un ordenador personal necesitaba previamente del consentimiento de su propietario o de autorización judicial que respetara, al igual que la intervención policial, el principio de proporcionalidad. En su razonamiento el TC afirmó que en el caso examinado la autorización dada por el interesado se limitaba a la manipulación del técnico sobre el equipo informático para su arreglo, lo que no legitimaba la intervención hecha posteriormente por otras personas. Además el TC declaró que el hecho de compartir los archivos a través del programa eMULE con otros usuarios no suponía una autorización genérica frente a posteriores y diferentes injerencias en su intimidad, aunque esta hubiera sido la argumentación utilizada por los tribunales que con anterioridad le habían condenado. A juicio del TC, había existido una intromisión no consentida en el derecho a la vida privada del recurrente en amparo. Así, el Tribunal consideró que la intervención policial no contaba con autorización judicial, sin embargo esta circunstancia se podía considerar como una excepción a la regla general que permite la jurisprudencia española. De conformidad con lo manifestado por el Tribunal existían razones que dieron lugar a que la actuación de la policía fuera necesaria, cumpliéndose el principio de proporcionalidad. El TC justifica la necesidad de la medida por las siguientes circunstancias: el poseedor del material pornográfico no se encontraba detenido, lo que eventualmente podría dar lugar al borrado de los datos desde otra ubicación o de los que se pudieran contener en otro lugar. Además de estas particularidades, también es relevante que la policía con rapidez comprobara si existían otros partícipes en el acto ilícito, incluso si se habían producido otros hechos como el abuso de menores. La sentencia presentó un voto particular que discrepaba del parecer del resto de los miembros del Tribunal, de acuerdo con esta decisión, el acceso al ordenador personal se había realizado sin autorización judicial previa y ante la inexistencia de una situación de urgencia que justificara la intervención judicial.

3. Derechos afectados en el registro de material informático

Después del análisis de los hechos se pone de manifiesto como en la sociedad actual y, tras el avance tecnológico, se precisa cada vez más de la investigación informática forense[5], siendo necesario el conocimiento de estas herramientas

5. Gimeno García, M. T., Caballero Velasco, M. Á., Míguez Pérez, C., Matas García, A. M. y Heredia Soler, E., «Análisis forense», *La Biblia del Hacker*, Anaya Multimedia, Madrid, 2012, pp. 671 y ss.

para la averiguación de los delitos de esta naturaleza[6]. Se trata de investigaciones cuya finalidad radica en recoger y analizar los datos que se encuentran almacenados y que se pueden transmitir a otros usuarios. Este tipo de información se ha denominado prueba o evidencia digital, atribuyéndose esta denominación a los datos registrados en formato electrónico. La evidencia digital está alcanzando en los últimos años una gran relevancia en el proceso, debido a su utilización como material de investigación y de prueba[7]. Sin embargo, es indispensable tener presente, en la utilización de las herramientas de la informática forense, la presencia de las garantías legales oportunas, con el fin de que la investigación no entre en colisión con los derechos fundamentales. A este respecto, el registro de material informático en la investigación del delito puede afectar al derecho a la intimidad personal, incluso también y, de manera eventual, se pueden ver afectados otros derechos fundamentales que protegen la privacidad de la persona, como son el derecho al secreto de las comunicaciones, la protección de datos personales o el derecho a la inviolabilidad del domicilio. No obstante, a su vez no pueden verse desprotegidos otros valores del ordenamiento jurídico; en particular, y en el caso examinado es imprescindible tener presente la protección que garantiza el art. 39.4 CE al disponer que los niños gozan del amparo previsto en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En este aspecto, los derechos del niño se encuentran reconocidos, principalmente, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), siendo este Convenio uno de los conjuntos normativos inspiradores del Convenio de Budapest, cuya razón de ser es la persecución de la ciberdelincuencia. En particular, en la Convención de Naciones Unidas, los Estados Partes se comprometieron a adoptar todas las medidas legislativas y de otro carácter que fueran apropiadas para proteger al niño de toda forma de explotación, incluido el abuso sexual, adoptando todas las medidas necesarias a nivel nacional e internacional para impedir la explotación del niño en materiales pornográficos (art. 34).

Es precisamente en la comisión de este tipo de hechos delictivos relacionados con la informática donde los derechos de la infancia pueden verse más perjudicados, y a su vez se podrán ver afectados los derechos del presunto autor; en consecuencia, al poder colisionar en la investigación de los hechos los distintos derechos referidos, será necesario encontrar un equilibrio entre el deber de averiguación del delito por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los derechos de los sujetos implicados. La cuestión que suscita el caso examinado por el TEDH pone de manifiesto como el texto constitucional al reconocer el derecho a la intimidad personal no expresa ningún tipo de limitación judicial o

6. González Clavero, A., *Monográfico de metodología y técnicas de investigación criminal*, Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, 2013, libro electrónico.

7. Ferro Veiga, J. M., *Manual de investigación privada*, *op. cit.*

de otro carácter respecto del derecho a la intimidad personal; a diferencia del derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la inviolabilidad del domicilio que sí admiten restricciones en el texto constitucional. Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes de la reforma citada, hacía y hace alusión a las diligencias de investigación de la policía cuando tiene noticia del delito, estando estos actos de investigación comprendidos en las primeras diligencias de averiguación del hecho delictivo; pero como indica la reciente reforma procesal, estos actos cuando tienen lugar con el fin de conocer la información conservada en un ordenador, constituyen más que piezas de convicción, precisamente por los derechos que se han de proteger. Finalmente apuntar que la Ley procesal en su primera redacción reguló la recogida de instrumentos y efectos del delito cuando se procede a la entrada y registro del domicilio, es decir, cuando hay resolución judicial que autoriza la inspección de un lugar en particular, regulación que no resuelve el caso examinado dado que el registro se realiza por la policía como diligencia de prevención y por lo tanto sin autorización judicial previa.

4. La ausencia de regulación de diligencias de investigación en los delitos informáticos antes de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre

Como es sabido, la propuesta de texto articulado de la Ley procesal penal, elaborada por la Comisión Institucional por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, se encuentra sometida a información pública. Entretanto el legislador ha considerado conveniente la regulación de las medidas de investigación tecnológica que afectan a diversos derechos fundamentales, a saber: derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales. Como bien apunta el legislador, en el preámbulo de esta novedosa Ley, existía hasta la fecha un vacío normativo en relación con el registro de dispositivos informáticos; se trata en palabras del legislador, de instrumentos que se constituyen como algo más que piezas de convicción, por esta razón se extrema la regulación para acceder a su contenido. En el caso examinado, Asunto Trabajo Rueda c. España, el propio Tribunal expresa la falta de regulación en las leyes españolas del acceso, por parte de la policía, a un ordenador personal. La posibilidad de acceder al contenido derivaría de varias disposiciones relativas a las funciones de la policía en la averiguación del delito. En particular, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Expresamente el art. 282 LECrim recoge la obligación de la policía de averiguar los delitos públicos, realizar las diligencias para su comprobación, descubrir a los

delincuentes y, por último, y en el caso que nos ocupa esta diligencia cobra gran importancia, «*recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición judicial…*». Por su parte la LO 2/1986, de 13 de marzo, también recoge las labores de la policía judicial, citando la investigación y el aseguramiento de instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del tribunal competente y finalmente la elaboración de informes periciales. Por último, la antigua Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana recogía la competencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la protección de la seguridad de los ciudadanos, así como en la prevención en la comisión del delito. Se trata de disposiciones generales que tratan sobre la obligación de averiguar el hecho delictivo y consignar los efectos e instrumentos del delito. Es cierto que estas disposiciones, recogidas en el pronunciamiento del TEDH, se pueden complementar con otras que también se encuentran contempladas en la Ley procesal y que serían de aplicación al caso comentado en el momento de cometerse los hechos, así siguiendo el iter procesal del caso examinado, se trataría de un hecho delictivo que es conocido por un profesional de la informática y que de conformidad con la LECrim tiene obligación de denunciarlo ante la autoridad competente (arts. 262 y 264 LECrim). Tras la formalización de la denuncia se debe proceder a la comprobación del hecho denunciado. Es decir, ante la noticia del delito la policía ha de llevar a cabo las diligencias oportunas para la averiguación del hecho delictivo. En este sentido, la policía de conformidad con el art. 284 LECrim, al tener conocimiento de un delito de naturaleza pública, y el que aparece en el caso examinado sin duda lo es, debe comunicárselo a la autoridad judicial o fiscal sin cesar en sus averiguaciones y si no es posible, nada más terminarlas[8]. De todas las diligencias realizadas ha de dar conocimiento a la autoridad competente mediante el atestado oportuno y salvo caso de fuerza mayor no podrá dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin comunicarlo, en caso contrario se podrá incurrir en responsabilidad disciplinaria (art. 295 LECrim). En los hechos examinados nos encontramos ante las diligencias de prevención o primeras diligencias que practica la policía cuando tiene conocimiento del delito, así la policía realiza determinados actos que se pueden encuadrar en el art. 13 LECrim, entre ellas la consignación de pruebas que pueden desaparecer; esta circunstancia tiene lugar cuando el denunciante entrega el ordenador a la autoridad policial. La entrega y la declaración del informático deberían haber dado lugar a la comunicación del presunto delito de manera inmediata al Juzgado.

---

8. Gómez Colomer, J. L. y Montero Aroca, J. «El procedimiento preliminar (La instrucción)», en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberría Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 119 y ss.

5. Registro de dispositivos de almacenamiento informático

En la reciente Ley que regula los medios de investigación tecnológica se han introducido unas disposiciones generales que afectan a todas las nuevas diligencias de investigación. En estas disposiciones comunes se recogen los principios rectores que informan la adopción de una medida de investigación tecnológica. Los principios que han de estar presentes para que se decrete la diligencia son: principio de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Desglosando cada principio, es necesario apuntar que la especialidad implica que la adopción de la diligencia ha de autorizarse para un hecho delictivo en particular, por esta razón el art. 588 bis a, apartado 2º impide que se decreten medidas de investigación tecnológica con el fin de prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. En relación con el principio de idoneidad, se tendrá que determinar el ámbito objetivo y subjetivo del acto de investigación, así como su utilidad. Respecto a los principios de excepcionalidad y necesidad, indican, de una parte, la inexistencia de otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado y que serían igualmente eficaces para averiguar el delito, de otra parte, implican, en el caso de que no se autorizara la diligencia, una ardua dificultad para conocer el delito, su autor, el lugar donde este puede ser encontrado y la localización de los efectos del delito. Finalmente para la autorización de la diligencia el Juez tendrá que razonar sobre su proporcionalidad, para ello valorará el interés público tomando como base la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico donde se produce, la intensidad de los indicios y el resultado perseguido con la restricción del derecho. Además de los principios que informan la autorización de estos actos, la nueva Ley ha regulado otra serie de disposiciones que son de aplicación general, aunque hay que tener presente que a pesar de la existencia de estas normas de aplicación común a todas las nuevas diligencias, existen otras que resultan de única aplicación al acto de investigación que es de nuestro interés. Entre las generales cabe destacar que el registro de dispositivos de almacenamiento de información le corresponde decretarlo al Juez de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. La solicitud ha de reunir una serie de requisitos, concretamente, hechos objetivos, identificación del investigado o de cualquier otro afectado (siempre que sean conocidos) razones que justifican la medida, atendiendo a los principios antes mencionados, medios que permitan la ejecución de la medida, quién la ejecutará, modo de ejecución, y su duración. Solicitada la diligencia de investigación, el órgano jurisdiccional, oído el Ministerio Fiscal, decidirá sobre su adopción en un plazo de 24 horas desde su solicitud; este plazo se podrá interrumpir si se necesitara una ampliación o aclaración de alguno de los requisitos mencionados. La resolución judicial que decrete la diligencia ha de recoger, al menos, lo que se señala a continuación: hecho delictivo investigado, su calificación jurídica e indicios en los que se funde la medi-

da, identidad del investigado y de cualquier otro afectado (si se conociera), modalidad de la intervención, motivación (teniendo en cuenta los principios mencionados en líneas anteriores), quién ejecutará la medida, su duración, forma y periodicidad para informar al Juez sobre sus resultados y finalidad de la medida. Desde que se haya presentado la solicitud de la medida de investigación se tramitará en pieza separada y secreta, sin necesidad de acordar el secreto de la instrucción. La autorización de la diligencia puede ser prorrogada, de oficio o a instancia del solicitante siempre que subsistan las causas que la motivaron. Durante el transcurso del acto de investigación la Policía Judicial ha de informar al Juez de sus resultados en la forma y con la periodicidad que se haya determinado. En relación con el borrado y eliminación de los registros originales tendrá lugar cuando se termine el proceso mediante resolución firme, aún así se conservará una copia bajo la custodia del Secretario Judicial. Las copias conservadas se destruirán cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito, también cuando se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, a no ser que fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal. Con este fin los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que se proceda a la destrucción de los originales y de las copias conservadas. Finalmente señalar que la nueva Ley como novedad regula la utilización de la información obtenida en otros procesos distintos y los descubrimientos casuales.

Dejando atrás las disposiciones generales de aplicación a las nuevas diligencias de investigación, el actual art. 588 sexies a, introduce un innovador medio de investigación, denominado «*registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*»[9]. El objetivo es paliar el vacío normativo existente en esta materia. El precepto se compone de varios apartados, específicamente, el apartado 588 sexies c 4. permite a la Policía Judicial llevar a cabo el examen directo en el dispositivo informático incautado para conocer su contenido. Los requisitos exigidos para su realización son, de un lado, que se trate de una situación urgente, es decir, un caso en el que el examen directo es necesario e inaplazable, de otro, que se aprecie un interés constitucional legítimo, esto es, que se trate de un valor o principio reconocido constitucionalmente. Esta intervención debe ser comunicada inmediatamente al Juez competente y, en todo caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado y exponiendo las razones que justifican la medida, la actuación llevada a cabo, la

9. Se trataría de otro desarrollo específico dentro del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones, quedando afectados indiscutiblemente el derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE y el derecho a la privacidad (intimidad y a la propia imagen) del art. 18.1 CE. Se habla modernamente del «derecho al propio entorno virtual» como derecho de nueva generación. Gómez Colomer, J. L. y Montero Aroca, J., «Los actos de investigación garantizados (II)», en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberría Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 262.

forma y su resultado. El Juez debe pronunciarse sobre la adecuación de la medida en plazo máximo de setenta y dos horas. Esta circunstancia que permite conocer el contenido de un dispositivo informático sin previa autorización judicial ha sido admitida por el TC ante una situación de urgencia. También en el caso examinado con anterioridad, el TEDH justifica este tipo de intervención cuando el afectado puede atacar la legalidad de la medida ante la autoridad judicial y en el caso que es objeto de comentario, el interesado pudo impugnarla ante la autoridad competente. A juicio del TEDH un control judicial posterior, incluida la posibilidad de excluir los elementos de prueba si se acredita su ilegalidad, es una garantía importante que disuade a los investigadores de recoger elementos de prueba por medios ilegales. Sin embargo y, volviendo al Asunto Trabajo Rueda c. España, el TEDH, aun admitiendo la posibilidad comentada, declara la vulneración del art. 8 de Convenio Europeo de Derechos Humanos al considerar que es difícil valorar la urgencia que forzó a la policía a intervenir el ordenador personal del interesado sin autorización judicial, dado que no existía riesgo de desaparición de ficheros al ser un ordenador intervenido y retenido por la policía y sin conexión a la red. En este sentido el TEDH entiende que no hay razones por las que no se pudo esperar a obtener una autorización judicial que se podría haber conseguido con relativa rapidez.

En conclusión, tras la introducción de la nueva Ley, la policía podrá examinar directamente la información conservada en dispositivos informáticos atendiendo a esos dos presupuestos antes mencionados, esto es, por una parte, que se trate de una situación de urgencia, que se pone de manifiesto en relación con la necesidad de la medida de investigación, y de que esta sea inaplazable porque su dilación podría dar lugar a la desaparición de la información, de tal forma que la policía en atención a la realización de las primeras diligencias pueda consignar las pruebas del delito; por otra parte, que la policía judicial aprecie un interés constitucional legítimo, es decir, como antes se ha apuntado, se ha de tratar de un valor protegido constitucionalmente; en este sentido y partiendo del caso examinado, los delitos informáticos relacionados con la pornografía infantil gozan de protección constitucional, y será la policía la que en primer lugar deba apreciar si concurre una situación de urgencia, siendo después comunicada al Juez competente para comprobar su adecuación.

6. Bibliografía

FERRO VEIGA, J. M., *Manual de investigación privada,* Autoediciones Tagus, 2013, libro electrónico.

GIMENO GARCÍA, M. T., CABALLERO VELASCO, M. Á., MÍGUEZ PÉREZ, C., MATAS GARCÍA, A. M. y HEREDIA SOLER, E., «Análisis forense», *La Biblia del Hacker*, Anaya Multimedia, Madrid, 2012.

Gómez Colomer, J. L. y Montero Aroca, J. «El procedimiento preliminar (La instrucción)», en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberría Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Gómez Colomer, J. L. y Montero Aroca, J., «Los actos de investigación garantizados (II)», en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberría Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

González Clavero, A., *Monográfico de metodología y técnicas de investigación criminal,* Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, 2013, libro electrónico.

Rodríguez Rubio, C., «La injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones a través de la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* número 28, 2016.

La infiltración policial a través del agente encubierto virtual como medida de investigación tecnológica

Almudena Valiño Ces
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1. Medidas de investigación y reforma procesal penal

El uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación[1] con fines delictivos constituye un fenómeno en permanente evolución que enfrenta el legislador, y también los operadores jurídicos, ante el desafío de ofrecer soluciones eficaces, toda vez que afloran nuevos comportamientos criminales o nuevas manifestaciones de comisión de conductas tradicionales vinculadas al desarrollo tecnológico. En otras palabras, el avance tecnológico ha coadyuvado a la aparición de nuevas formas de criminalidad y, afortunadamente, de prevención y respuesta al delito[2]. Ahora bien, no podemos olvidarnos de que estas soluciones no deben limitar o restringir, en modo alguno, los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos y los principios y valores inherentes al Estado de Derecho[3].

Como respuesta a ese desafío, el legislador español abordó en el segundo semestre del año 2015 reformas legislativas importantes, como las operadas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, ambas de 30 de marzo[4],

1. En adelante, TIC.

2. Alonso Salgado, C., «Algunos elementos problemáticos de la intervención del correo electrónico como diligencia de investigación en el sistema penal español: un camino de claroscuros», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 126.

3. Memoria de la Fiscalía del año 2017, pp. 642 y 643. Disponible en www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_Site/.../pdf/MEMFIS17.pdf.

4. Estas reformas tuvieron por objeto, entre otras finalidades, tipificar nuevas conductas delictivas y/o adaptar las ya existentes a las formas de ejecución criminal surgidas al hilo de la evolución tecnológica.

y la que se llevó a efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal[5] por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

En concreto, con la Ley Orgánica 13/2015 se han aprobado nuevas diligencias de investigación tecnológica que cobran una enorme relevancia respecto a los delitos perpetrados por medios informáticos, es decir, aquellos delitos vinculados a datos informáticos[6]. De tal manera que estas diligencias son una realidad y representan un paso muy necesario en la adaptación de la vetusta LECrim a las nuevas realidades que afectan, tanto a la forma de cometer delitos, como a los propios delitos. Entre estas diligencias cabe destacar: el agente encubierto informático; la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas[7]; la captación y grabación de comunicaciones orales por dispositivos electrónicos; los dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo[8]; y el registro remoto sobre equipos informáticos.

A excepción de la primera de ellas —el agente encubierto informático—, el resto están sometidas a unas disposiciones comunes previstas en el artículo 588 bis a) de la LECrim, que se resumen en que todas requieren autorización judicial basada en los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad y

---

5. En adelante, LECrim.

6. A juicio de Miró Llinares, la categoría de delitos informáticos incluía tipologías de conductas y no tipo penales (Miró Llinares, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 37). Por tal motivo, el delito informático no existe como tal en nuestro ordenamiento jurídico, no existe tal rúbrica en el Código Penal ni una dogmática propia de estos delitos (Choclán Montalvo, J. A., «Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos», en Romeo Casabona, C. M. (Coord.), *El Cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, p. 698).
Debido a estos problemas interpretativos, la doctrina ha adoptado la palabra cibercrimen que engloba la delincuencia relacionada con el uso de las TIC. Ahora bien, cabe destacar que exista un denominador común entre la definición de los delitos informáticos y la de la criminalidad informática. Así, los primeros comprenden todos los delitos vinculados a datos informáticos y la ciberdelincuencia engloba aquellos delitos informáticos que son cometidos en redes informáticas, esto es, crímenes relacionadas al ciberespacio global (Sieber, U., «El control de la complejidad en el ciberespacio global: la armonización de los delitos informáticos», en Delmas-Marty, M., Pieth, M. y Sieber, U. (Dirs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 162).

7. Para profundizar en el tema véase: Alonso Salgado, C., «El largo camino hasta la Ley Orgánica 13/2015: algunos aspectos relevantes en relación a la interceptación de las comunicaciones telefónicas», en Bueno de Mata, F. (Coord.), F*odertics 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia*, Comares, Granada, 2015, pp. 95 a 105; y Rodríguez Álvarez, A., «Intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*…, *op. cit.*, pp. 149 a 151.

8. Para profundizar en el tema véase Rodríguez Álvarez, A., «Diligencia de registro de dispositivos y smartphones», en Bueno de Mata, F. (Coord.), *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia*, Comares, Granada, 2016, pp. 255 a 263.

necesidad de las medidas, así como la proporcionalidad a la hora de decidir adoptarlas[9].

Sin perjuicio de la importancia que ostenta cada una de ellas, debemos de poner de relieve la consolidación de la figura del agente encubierto en el ordenamiento jurídico español y la demostración de su eficacia en la investigación en determinados delitos, especialmente en los de narcotráfico. Por tal motivo, nos centraremos en su análisis haciéndola extensiva a la persecución de delitos perpetrados a través de internet, máxime cuando se ha puesto de manifiesto en los últimos años la necesidad de su regulación[10].

2. Análisis del agente encubierto como medida de investigación

2.1. Con carácter preliminar

En la actualidad somos conscientes del grave problema social que representa la criminalidad organizada, toda vez que demanda la adopción de técnicas especiales de investigación por parte de la policía, a fin de poder combatir eficazmente este tipo de manifestación criminal[11]. En efecto, la mayor parte de los países se encuentran muy implicados en la lucha contra la criminalidad organizada, pues representa un fenómeno que les preocupa, máxime cuando las técnicas que se venían utilizando hasta ese momento para su investigación —los registros domiciliarios o las intervenciones de comunicaciones—, con indepen-

---

9. Aige Mut, M. B., «Las nuevas diligencias de investigación tecnológica: especial referencia al sector turístico», en Bueno de Mata, F. (Dir.), *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Ratio Legis Ediciones, Salamanca, 2016, p. 240.

10. A modo de ejemplo, adviértase como el 23 de marzo de 2001 el Pleno del Senado aprobó una moción en la que se instaba al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley en el que se regulara la figura del agente encubierto en internet, en especial, referido a la pornografía infantil.
Así, se entendió que este régimen presentaba carencias importantes. En primer lugar, por las singularidades de la organización virtual resultante de la interacción de los criminales en internet, habitualmente más difusa que una organización criminal no virtual, con métodos no acostumbrados de imposición coactiva de disciplina, escasos o innecesarios medios y efectos al servicio de la organización y finalidades, en principio, ajenas a todo beneficio económico; y, en segundo lugar, porque el artículo 282 bis planteaba dudas en cuanto a este tipo de grupos por las facultades que pueda tener el agente encubierto y, en particular, la posibilidad de intercambiar o proporcionar pornografía infantil a la comunidad. Cuestiones como éstas fueron particularmente previstas por el Tribunal Supremo en la sentencia 767/2007, de 3 de octubre, en un supuesto en que se detectó por la Guardia Civil un chat en el que se abordaba el tema de las relaciones sexuales con menores. En este supuesto, los agentes, sin revelar su condición, establecieron contacto con uno de sus usuarios, quien les envió archivos con pornografía infantil, comentándoles la existencia de un grupo de pedófilos en internet denominado «la gran familia» que se reunían con sus hijos menores para mantener relaciones sexuales con ellos. A partir de aquí, por Decreto del Fiscal, fue autorizado a actuar el agente encubierto (Valverde Megías, R., «Cuestiones procesales relativas a la investigación de los delitos en red», pp. 18 y 19. Disponible en www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20VALVERDE.pdf?idFile=98ee6878-f370-403a-911b-7d71200a932a).

11. Expósito López, L., «El agente encubierto», *Revista de Derecho UNED*, número 17, 2015, p. 251.

dencia de su carácter organizado, no resultaban suficientes para esta forma de criminalidad[12].

Por ello, se entiende que la respuesta eficaz contra el crimen organizado implicaba la adopción de medios de investigación que posibilitaran hacer frente a «*la opacidad y clandestinidad con la que actúan las grandes organizaciones criminales*»[13]. Por tal motivo, se introdujeron medidas, como la del artículo 282 bis —el agente encubierto—, dirigidas a perfeccionar la acción investigadora adecuada para la lucha contra este tipo de delincuencia. Mediante este precepto se reguló por primera vez en España una técnica que ya venía siendo utilizada y era admitida por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional[14], como del Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 1570/1984, de 15 de noviembre, ya insistía en que las fuerzas policiales «*tienen entre otras funciones, la de prevenir el delito ejercitando una misión de profilaxis social, y la de descubrir su preparación, siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en el medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención*»[15].

---

12. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, se reconoce la insuficiencia de las técnicas tradicionales de investigación en la lucha contra la criminalidad organizada.

13. Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 575.

14. STC 11/1983, de 21 de febrero. Se trataba de un caso de tráfico de armas internacional con agentes infiltrados norteamericanos, en el que se pedía la extradición del investigado y condenado. En aquel momento el TC señalaba que «*la figura del delito provocado carece en nuestra normativa positiva de un tratamiento concreto, tanto para estimarla punible como inocua, y ha sido la jurisprudencia la que la ha configurado, estableciendo al efecto ciertos criterios, que pueden resumirse afirmando en términos contenidos en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1975 que la errónea actuación del sedicente culpable constituiría un supuesto de tentativa inidónea de delito putativo entendido en el amplio sentido o de delito aparente, pero, en todo caso, impune, dado que tanto la actuación del provocador —sea particular o la propia autoridad policial— como la del acusado, han de reputarse absolutamente ineficaces, no obstante lo cual la mejor doctrina de la propia Sala extrae de las anteriores consideraciones aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir otros ya cometidos, matización especialmente aplicable a ciertos delitos de trato sucesivo, como son los de ciertos tráficos, cuya comisión puede implicar una vasta red, de ámbito incluso internacional, con multitud de agentes o intermediarios, por lo que, en tales casos los agentes de la autoridad no buscan propiamente provocar la comisión de un delito, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad, a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia; conductas que deben castigarse en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocado estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente*».

15. Posteriormente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de marzo de 1992, recurso 2997/1989, distingue los supuestos de delito provocado por el agente policial «*de aquellos otros en que la actuación policial, si bien utiliza un procedimiento también engañoso fingiendo intenciones irreales, sin embargo no origina un delito antes inexistente, sino que sólo sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad, en cuyo caso ha de entenderse que el comportamiento del agente se encuentra dentro de los límites que la Constitución (art. 126) y la Ley (art. 282 y ss. de la LECr) le imponen en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, que es la propia de la policía judicial. Se entiende que en estos casos el simulado obrar del funcionario está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo y que, por tanto, el comportamiento policial es lícito. Así pues, la prueba obtenida de este modo es válida para que, llevada a juicio oral, pueda ser valorada por el Tribunal o*

En puridad, el agente encubierto se erige como uno de los más apropiados para combatir los supuestos actos de organizaciones criminales, es decir, sin su labor, difícilmente se hubieran podido desmantelar en España algunos grupos criminales[16]. Ello implica que la posición activa de este agente no puede ocuparla cualquier funcionario de la policía, sino que, por disposición legal, es necesario ser miembro de la Policía Judicial para desarrollar la infiltración[17]. De hecho, tienen que ser los propios miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con un perfil profesional y personal concreto, los que desarrollan esta técnica.

2.2. Aproximación conceptual

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una definición explícita de lo que entendemos por agente encubierto, lo que ha provocado que desde diferentes sectores de la doctrina se hayan elaborado numerosas definiciones acerca de esta figura. Ello no obstante, no es factible establecer un claro concepto sin tomar como referencia lo que los ordenamientos jurídicos de otros países entienden a este respecto[18]. Así, en Canadá, la *Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature*, en el apartado 4.13 *Undercover Operations and informations* define los agentes encubiertos

---

Juzgado como prueba de cargo apta para, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia». Y en su sentencia 1651/1993, de 2 de julio, se reitera la misma jurisprudencia y no aplica la doctrina del delito provocado.

Más recientemente, en su sentencia 360/2016, de 10 de febrero, señala: «*El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.*

En suma, el delito provocado se integra por tres elementos: a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir; b) Un elemento objetivo, consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido; c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción. Como se afirma en la STS 571/2008, el delito provocado es una rechazable e inadmisible actividad policial que traspasa los límites de la legalidad».

16. A este respecto, es preciso resaltar el primer agente de la guardia civil infiltrado, en nuestro país, en una banda terrorista. Mikel Lejarza, alias «El Lobo», fue reclutado de joven por el servicio secreto para infiltrarse en ETA, siendo el chófer de su jefe, Mikel Antza. En ETA se ocupaba de organizar la estructura de apoyo a los comandos operativos, utilizando como tapadera su profesión de decorador, con el miedo del infiltrado a hablar en sueños o a que algún tonto desliz revelase sus verdaderas lealtades. La operación concluyó en 1975 y aun cuando fue descubierto tras seis años y tuvo que huir, lo cierto es que el resultado de su labor fue espectacular, pues más de 200 terroristas fueron detenidos y su infraestructura por toda España desactivada. Pero Mikel Lejarza quedó marcado y sentenciado a muerte por el entorno de los terroristas, incluso tuvo que asumir una nueva identidad, cambió su fisonomía mediante cirugía plástica e incluso empezó a usar guantes para que no le reconociesen por las manos. Pero aun con todo, continuó infiltrándose en grupos mafiosos y empresariales.

17. Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*..., *op. cit.*, p. 575.

18. Zaragoza Tejada, J. I., «El agente encubierto "online"», en Zaragoza Tejada, J. I. (Coord.), *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 328.

como «*agentes de policía que intentan infiltrarse en organizaciones criminales para obtener información acerca de operaciones que estas llevan a cabo*». De igual modo, en Estados Unidos, el agente encubierto está definido en el artículo 42,2.11 del *Code of Federal Regulations*, como «*un oficial o cualquier otro tipo de agente, estatal o local de la agencia federal de la ley que se incorpora a una misión con el propósito de investigar una presunta violación de la ley o que persigue ese fin después de inscribirse o ser empleado para otros fines*».

Por su parte en Alemania, tanto la Ley Procesal Penal, como la Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada, han introducido la figura del agente encubierto contemplando los supuestos en los que procede su utilización, así como los requisitos para ello. Precisamente, en el artículo 110a II de la Ley Procesal Penal los define como «*miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada, otorgada por un período limitado de tiempo*». De ello se infiere la exclusión de aquellos miembros de la policía que se hayan infiltrado de forma ocasional.

Ad maiorem, existen disposiciones internacionales, como la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, en la que al definir las investigaciones encubiertas alude a «*la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa*»[19].

Por lo que se refiere a nuestro país, la figura del agente encubierto, cuyo origen se encuentra en el Derecho alemán, se encuentra regulada en el artículo 282 bis de la LECrim. Este precepto se introduce *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECrim en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves[20]. Esta previsión se realiza al objeto de perfeccionar la acción investigadora respecto a la circulación y entrega vigilada de sustancias prohibidas, además de las drogas, pues hasta ese momento no existía referencia alguna a esta figura. De este modo, se le está proporcionando una habilitación legal en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada, pudiendo el agente encubierto utilizar una identidad supuesta, a la vez que se le faculta para emplear medios complementarios de investigación, bajo estricto control judicial y fiscal[21].

---

19. *Vid.* artículo 29.

20. Avalada por las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*vid.* la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo 1992/51, de 15 junio de 1992 —Caso *Lüdi* contra Suiza—).

21. Paz Rubio, J.M., Mendoza Muñoz, J., Ollé Sesé, M. y Rodríguez Moriche, R., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999, p. 395.

Así las cosas, se puede definir el agente encubierto como un funcionario especializado de la Policía Judicial[22] que, con la autorización del órgano jurisdiccional competente, es designado para introducirse en organizaciones criminales, ocultando su identidad o asumiendo una identidad ficticia de forma temporal, simulando ser parte de ella o estar interesado en la realización de los hechos punibles perpetrados por esa organización. Constituye, por tanto, un instrumento que el legislador ha puesto al servicio de la infiltración policial[23] a fin de identificar a los autores y partícipes, las acciones o *modus operandi* de la estructura criminal, sus planes de acción, los contactos, los medios y los resultados de la actividad delictiva, etc.

De igual modo, y con estos objetivos, Moreno Catena señala que esta medida de investigación de los agentes encubiertos o infiltrados consiste en la entrada de uno o varios agentes de las Fuerzas de Seguridad, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal, y su participación en el entramado de la misma, en orden a descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y el castigo de la banda, con todos los elementos que la integran[24].

Por su parte, la jurisprudencia ha procedido a aportar una definición de esta figura. Así, el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Supremo 1140/2010, de 29 de diciembre, señala: «*El término undercorver o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto*

22. La infiltración policial será llevada a cabo por un agente de policía judicial, aunque no queda muy claro quién va a formar parte de este cuerpo. Se puede entender que serán aquellos miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que cuenten con la debida especialización en técnicas de investigación delictual. Por tanto, lo adecuado a juicio de Zafra Espinosa de los Monteros, «*será crear un cuerpo específico de Policía Judicial con competencia en todo el territorio nacional y con dependencia orgánica y funcional al Ministerio Fiscal, del que se entenderán comisionados*» (Zafra Espinosa de los Monteros, R., «La lucha contra el crimen organizado en el borrador del Código Procesal Penal: el agente encubierto», en Moreno Catena, V., Ruiz López, C. y López Jiménez, R. (Coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 559).

23. Gascón Inchausti, F., *Infiltación Policial y «agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, p. 34.

24. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 265.

oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido». Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo 395/2014, de 13 de mayo, en su fundamento jurídico tercero, prevé que el agente encubierto «*Ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropiamente recogida en una norma procesal*».

Al hilo de lo expuesto, cabe diferenciar el agente encubierto de otras figuras afines. Así, en ocasiones se confunde con el agente provocador, en tanto es un miembro de las Fuerzas de Seguridad que con el propósito de descubrir un hecho delictivo llega a instigar o a propiciar la comisión del delito con las peticiones que le formulen a los investigados. Por tal motivo, su participación en las actividades de una banda criminal trasciende de las propias de un agente infiltrado[25]. A este respecto, cabe destacar que la jurisprudencia rechaza los medios de prueba obtenidos con la intervención de estos agentes[26], toda vez que la sentencia del Tribunal Supremo de 8 noviembre de 1993 dispone que «*la provocación de las infracción penal por un agente de la Autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona*»[27].

Por otro lado, está la figura del confidente que es otro de los medios tradicionales de investigación de los delitos, cuya intervención está limitada a las diligencias policiales. Nos encontramos ante una persona perteneciente, por lo general, a los ambientes delictivos que prestan a la policía el servicio de proporcionarle información, no siempre con fines altruistas y en defensa de la sociedad, sino a cambio de dinero o de cierto trato de favor por parte de los agentes policiales[28].

---

25. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*…, *op. cit.*, p. 266.

26. *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1999 y las de 14 de julio y de 29 de junio de 2000.

27. Aun con todo, en esta sentencia se justifica la intervención policial y «*se entiende excluida la provocación cuando la actuación del agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente persigue y descubre una conducta criminal anterior, el cauce por donde viene discurriendo una preexistente actividad criminal, lo cual no pasa de ser una actuación de investigación propia del cometido de la policía judicial*». Esta manifestación se aparta de una interpretación garantista de los derechos o libertades fundamentales y omite la norma del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. que excluye del proceso las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando aquéllos.
De conformidad con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998 (caso Teixeira), la situación de los agentes provocadores existiría en varios supuestos, tales como cuando la operación policial no se situase en el seno de una investigación abierta; cuando el investigado careciese de antecedentes; si no fuese conocido directamente por los agentes; cuando en caso de narcotráfico, la droga no se encontrase en su domicilio, sino que se obtuvo de un tercero; o también cuando el investigado sólo tuviese la cantidad solicitada por los policías. A pesar de todo esto, este tribunal entiende que hubo violación del Convenio y manifiesta: «*hay que deducir que los dos policías no se limitaron a examinar de una manera puramente pasiva la actividad delictiva del señor Teixeira de Castro sino que ejercieron una influencia para incitarle a cometer el delito*», de manera que la intervención policial «*sobrepase la de un agente infiltrado ya que provocaron el delito y que nada indica que, sin su intervención, este se hubiera perpetrado*».

28. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*…, *op. cit.*, p. 254.

Y, por último, la figura del arrepentido que puede definirse como el individuo que perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento colabora con la Justicia, brindando información acerca de aquellos delitos de los que ha participado o no, a cambio de beneficios procesales. Y ello con diversas finalidades: esclarecer un hecho delictivo o individualizar sus autores o partícipes; prevenir su consumación; o detectar hechos conexos. Ahora bien, cabe señalar que el término arrepentido es, hasta cierto punto, inadecuado, pues su voluntad de colaboración no tiene porqué estar motivada en el arrepentimiento. Por ello, sería más apropiado identificarlo como colaborador, toda vez que se trata de una persona investigada que aporta información para lograr una mejora en su situación personal[29].

2.3. Acerca de la naturaleza y características

Habida cuenta del concepto expuesto de esta figura, y de conformidad con el artículo 282 bis, se pueden señalar determinadas notas que la caracterizan. En primer lugar, en cuanto a su ámbito de actuación, cabe aludir a las actividades propias de la delincuencia organizada, tal como prevé su apartado 1. Ello no obstante, es el apartado 4 el que incorpora una definición de delincuencia organizada, en tanto señala que es la asociación de tres o más personas para llevar a cabo, de manera permanente o reiterada, conductas cuyo fin sea alguno de los delitos previstos en el propio apartado 4[30]. Por tanto, deja patente que ese concepto se refiere, exclusivamente, «(…) *a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo*», es decir, «(…) *cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada*».

A pesar de ello, algunos de estos delitos suscitan dudas acerca de la proporcionalidad *stricto sensu* del medio de investigación. En efecto, cabe entender que el legislador fue consecuente con la idea de que el fenómeno criminal no pue-

---

29. Para profundizar en el tema véase: Díaz-Maroto y Villarejo, J., «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido"», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-293, tomo 5, Editorial La Ley; Jordán Díaz-Roncero, M. J. y Comes Raga, I., «El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado», *La Ley Penal*, número 77, Sección Legislación aplicada a la práctica, diciembre de 2010, Editorial Wolters Kluwer; Lamarca Pérez, C., «Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas», *La Ley Penal*, número 86, Sección Legislación aplicada a la práctica, octubre de 2011, Editorial Wolters Kluwer.

30. El apartado 4 del artículo 282 bis incluye una relación de los delitos siguientes: delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos; delito de secuestro de personas; delito de trata de seres humanos; delitos relativos a la prostitución; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada; delito de tráfico de material nuclear y radiactivo; delitos contra la salud pública; delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; delitos de terrorismo; delitos contra el patrimonio histórico.

de ir parejo de forma exclusiva a la entidad cuantitativa de la infracción, pues, tal como afirma GIMENO SENDRA, «*precisamente el mayor desvalor del injusto se produce por la comisión del hecho punible en el seno de una organización criminal*»[31].

El precepto, tal y como se infiere, limita su alcance a la fase de investigación, en la que, por definición, no pueden manejarse verdaderas pruebas, sino indicios que luego lograrán o no su traducción en una tipicidad más agravada. Además, de acuerdo con la sentencia de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo 575/2013, de 28 de junio, el precepto alude a «*actividades propias de la delincuencia organizada, locución más flexible, referida a la metodología de la dedicación delictiva, más que a la prueba efectiva de la pertenencia del sospechoso a una organización, dato que podrá luego confirmarse o no*»[32].

En segundo término, es necesaria la autorización del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, con el objeto «*de culminar el requisito de la jurisdiccionalidad de la medida, integrante del principio de proporcionalidad y de vigencia obligada en toda medida limitativa de derechos fundamentales*»[33]. Así pues, esta cuestión se realizará mediante una resolución fundada y siempre que sea precisa para los fines de la investigación. Por consiguiente, esta autorización se otorgará para que el agente encubierto, bajo identidad supuesta proporcionada por el Ministerio del Interior, pueda forjar relaciones personales, ganarse la confianza del grupo y acceder al conocimiento de delitos perpetrados o en vías de preparación, así como a todo un conjunto de elementos privados acerca de los sujetos investigados.

Por tanto, ambos profesionales, tras analizar la necesidad y conveniencia de la medida, podrán autorizar al agente encubierto, mediante resolución fundada, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y, también, a aplazar la incautación de los mismos.

Una tercera característica es la voluntariedad, tal como se expresa en el precepto, pues señala que «*ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto*». El fundamento de este carácter faculta-

---

31. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*..., *op. cit.*, p. 576.

32. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo 767/2007, de 3 de octubre, evoca un supuesto similar en el que para la investigación de una red de pedofilia en la que el juez de instrucción autorizó la infiltración de un agente encubierto, se alegó la nulidad de esa diligencia al no haberse dado por probada la existencia de una organización. En concreto, señala que «(…) *la estimación de una presumible organización constituye un juicio de valor "ex ante" plenamente justificado cuando se adoptó la medida, barajándose la presencia de un grupo organizado como previsión más lógica y razonable*».

33. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*..., *op. cit.*, p. 575.
Vid. las SSTC 70/2002, de 3 de abril; 123/2002, de 20 de mayo; y 56/2003, de 24 de marzo.

tivo radica en que el legislador, consciente de los riesgos que este tipo de operaciones conlleva, unidos incluso a la reticencias personales que pueden tener algunos agentes a adoptar nombres falsos —puede implicar consecuencias, tanto en su ámbito profesional, como personal—, determinó la no obligatoriedad de actuar como agente encubierto. En consecuencia, será imprescindible contar con el consentimiento del agente actuante que, a ser posible, es conveniente que se haga por escrito[34].

En cuarto lugar, respecto a la duración de esa falsa identidad, prevé el precepto que ésta será de «*seis meses prorrogables por períodos de igual duración*»[35]. Al tratarse de una medida excepcional restrictiva de derechos fundamentales, no puede admitirse que permanezca de forma indefinida y sin controles, pues un tiempo excesivo podría ser desproporcionado a las finalidades que se persiguen lograr con ella. Además, el respeto al principio de proporcionalidad requiere que la duración de la medida se reduzca a lo mínimo indispensable para el éxito de la persecución penal. Ahora bien, determinar *a priori* la duración de la operación encubierta se considera sumamente complejo, debido a la necesidad de valorar la situación atendiendo al caso concreto y a las variadas circunstancias del mismo.

Por último, una de las cuestiones más delicadas y conflictivas se recoge en el apartado 5, al contemplar la exención de responsabilidad criminal del agente encubierto en su actuación, siempre y cuando guarden la debida proporcionalidad con el desarrollo de la investigación y no constituyan una provocación al delito. Por lo que respecta a la naturaleza de esta exención, por un lado, puede residir en una causa de justificación, eximiendo de responsabilidad al que infringe la ley en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio, o en su caso, por obrar en estado de necesidad. Y, por otro, puede considerarse excusa absolutoria, en virtud de razones de política criminal. En este caso, afecta a la punibilidad del hecho que, en consecuencia, es injusto, surgiendo la oportuna responsabilidad civil por los daños causados y que se aplica a aquellos en quienes concurra, pero no al resto de los partícipes.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo 395/2014, de 13 de mayo, en su fundamento jurídico tercero, parece decantarse por esta última opción, al señalar que «*Ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respec-*

---

34. Marchal Escalona, A.N., *Manual de lucha contra la droga*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 758.

35. En el ámbito internacional, podemos acudir al artículo 14 del Convenio europeo de asistencia judicial penal de 14 de noviembre de 2000, en tanto señala en el marco de las investigaciones encubiertas que «*Los Estados miembros acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales*».

to a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropiamente recogida en una norma procesal. La exención de la responsabilidad criminal por los delitos en los que hubiera podido incurrir el agente encubierto se refiere a aquellas ilicitudes cometidas y que sean consecuencia directa de la autorización para la que se le confiere la condición de agente encubierto».

A sensu contrario, la doctrina mayoritaria entiende que se trata de una causa de justificación, que con la antijuridicidad excluye tanto la responsabilidad penal, como la civil. En concreto, incluido en el artículo 20.7 del Código Penal, lo que supone que la exención de responsabilidad, en su caso, alcanza a los partícipes, y opera en el ámbito de la responsabilidad civil, incluyendo en este extremo la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, que en su caso responderá en vía administrativa por funcionamiento normal o anormal[36].

Sea como fuere, el motivo de esta previsión es el conocimiento de que el agente puede cometer hechos delictivos a lo largo del despliegue de la operación. De acuerdo a ello, podría afirmarse que, si bien la jurisprudencia permite el sacrificio del derecho a la intimidad, la actuación será lícita si no se convierte en inducción al delito y no infringe derechos fundamentales.

3. Diversas cuestiones acerca del agente encubierto y su infiltración en internet

Analizado a grandes rasgos el régimen legal de la figura del agente encubierto, se constata la importancia que, como medio de investigación extraordinario, posee en la persecución de determinadas modalidades delictivas. Ello no obstante, presentaba vacíos legales que sobrevolaban sus actuaciones, lo que suscitó una imperiosa reforma y actualización a fin de otorgarle la cobertura legal necesaria[37]. Así pues, esta realidad motivó que la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, perfeccionase este precepto 282 bis mediante la incorporación de dos nuevos apartados 6 y 7: «*6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclare-*

36. Esta línea es seguida en el Proyecto de 2012, cuyo artículo 409 se refiere al alcance de la exoneración de responsabilidad, en tanto indica: «*1. El agente encubierto estará exento de responsabilidad por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre y cuando el interés sacrificado tenga un valor proporcionalmente inferior al que pretende salvaguardar la investigación. 2. En ningún caso estará autorizada la provocación al delito*».

37. *Vid.* Valiño Ces, A., «La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 377 a 388.

cer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio».

De esta forma, el legislador, motivado por las novedades tecnológicas y en su afán por actualizar estas medidas, se inclina por reforzar la figura del agente encubierto. Por un lado, determinando, previa autorización judicial, que pueda obtener imágenes y grabar conversaciones y, por otro, contemplando la figura del agente encubierto informático quien, también con autorización específica, pueda intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

Así pues, entendemos por gente encubierto informático un medio extraordinario de investigación en virtud del cual un funcionario de la policía judicial, habiendo recibido la pertinente autorización judicial, se infiltra temporalmente y bajo una identidad supuesta en un canal cerrado de comunicación, a fin de recabar información acerca de determinados hechos delictivos cometidos precisamente a través de la red[38].

3.1. Canales cerrados de comunicación y derechos fundamentales afectados

Si bien el agente encubierto en internet hunde sus raíces en la regulación originaria expuesta *supra* que articula el artículo 282 bis de la LECrim, lo cierto es que con esta reforma se pretende dar cobertura a la actuación del agente encubierto mediante identidad supuesta en canales de comunicación cerrados[39],

---

38. Rizo Gómez, B., «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*…, *op. cit.*, p. 102.

39. Si bien el legislador dispone claramente que la actuación del agente encubierto virtual debe referirse únicamente a los supuestos de investigaciones desarrolladas en canales cerrados de comunicación, lo cierto es que, *a priori*, parece excluir las desarrolladas en canales abiertos. A este respecto señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica

lo que podemos entender, de forma imprecisa[40], que viene referido a las redes sociales u a otras formas de conexión de internet. Y ello debido a que existía desde hace un tiempo la idea de potenciar las posibilidades de recurrir a esta figura en las investigaciones on line, justamente por resultar muy útil para el esclarecimiento de los hechos ilícitos que se cometen a través de la red y para la determinación de sus autores con las investigaciones relacionadas con los ciberdelitos[41], o al menos con aquellos en los que las víctimas son menores de edad.

De hecho, el problema que plantea este tipo de delitos es la singularidad de la circulación por donde transcurre el objeto delictivo, que a diferencia de lo que sucede en el mundo convencional, que al ser físico es más fácil su control, en el virtual[42] existe precisamente, a juicio de VELASCO NUÑEZ, «*la dificultad de que los agentes policiales puedan asegurar el debido control de lo que circula a través de las telecomunicaciones que se hacen por la Red*»[43].

Por tanto, a través de los canales cerrados de comunicación se mantendrán comunicaciones que se caracterizan por la expresa voluntad del comunicante de excluir a terceros, lo cual descarta todo tipo de comunicación que se realice

---

13/2015, de 5 de octubre: «(…) *de una parte se prevé la posibilidad de que los agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones, siempre que recaben específicamente una autorización judicial para ello; y de otra, se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación*».

40. DE JORGE PÉREZ al referirse a los canales cerrados, alude al término «escondite virtual» (*vid.* DE JORGE PÉREZ, C., «El escondite virtual y el nuevo agente encubierto», en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia*, Comares, Granada, 2016, pp. 248 a 250).

41. A juicio de Mitchsoni, se puede entender por ciberdelito, aquella actividad ilícita o abusiva relacionada con los ordenadores y las redes de comunicaciones, ya sea porque se utilice el ordenador como herramienta del delito, o porque el objetivo del delito sea el sistema informático o sus datos (MITCHISON, N. y URRY, R., «Delitos y abusos en el comercio electrónico», *The IPTS Report*, 2001, 57, pp. 19-24).
De igual modo, a juicio de BUENO DE MATA, un ciberdelito es una actividad ilícita o abusiva relacionada con los ordenadores y las redes de comunicaciones, bien porque se utilice el ordenador como herramienta del delito, bien porque sea el sistema informático o sus datos, el objetivo del delito (BUENO DE MATA, F., «El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la Justicia», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. y FERREIRO BAAMONDE, X. (Dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2012, p. 295).

42. También denominado ciberespacio. A este respecto, la Estrategia Española de Seguridad define el «Ciberespacio», como «*el espacio virtual donde se agrupan y relacionan usuarios, líneas de comunicación, páginas web, foros, servicios de Internet y otras redes. Creado por el ser humano es un entorno singular para la seguridad, sin fronteras geográficas, anónimo, asimétrico, que puede ser utilizado de forma casi clandestina y sin necesidad de desplazamientos. Es mucho más que la Red, pues incluye también dispositivos como los teléfonos móviles, la televisión terrestre y las comunicaciones por satélite*». Disponible en www.google.es/search?q=Estrategia+Espa%C3%B1ola+de+Seguridad+ define+el+ciberespacio&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=NOmxVtrxHYScUcDdvdgI.

43. VELASCO NUÑEZ, E., «Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías», *Revista de Jurisprudencia*, número 4, febrero de 2011.

en canales de comunicación abiertos[44], es decir, en aquellos cuya configuración técnica y operatividad están orientadas a la emisión de información a un colectivo indeterminado de personas[45]. Así pues, estas comunicaciones, en la medida que no tienen un usuario determinado, no tratan de garantizar el secreto de la comunicación, sino su difusión.

En puridad, estas comunicaciones se encuentran amparadas, por un lado, en el artículo 18.3 de la Constitución Española que contempla el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, garantizando la impenetrabilidad de terceros ajenos a la comunicación misma[46]. En efecto, es precisamente el canal cerrado el que justifica la existencia de una expectativa de secreto, con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión. Y por otro, en el artículo 18.1 de la misma norma que regula el derecho a la intimidad. Derecho éste que implica «*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana*»[47]. Y ello porque claramente la infiltración policial, ya sea presencial o virtual, puede implicar la entrada en parcelas íntimas de la persona, tales como relaciones afectivas, sexualidad, etc.

En otras palabras, el Estado se infiltra en la vida de las personas investigadas de modo secreto para poder obtener información acerca del *iter criminis*. Lo que sucede es que esta práctica se materializa en una mayor injerencia en la esfera de su intimidad, toda vez que el policía infiltrado no sólo mantiene relaciones de confianza con los denominados ciberdelincuentes, sino que lleva a cabo actuaciones que de conocerse su verdadera identidad, no hubiera podido realizar.

En consecuencia, el eventual problema que suscita la actuación de esta figura reside en la posibilidad de implicar un plus de lesividad en el ejercicio de los

---

44. A juicio de Bueno de Mata, esta cuestión merece crítica, toda vez que al referirse a canales cerrados de comunicación deja fuera todos los contenidos informáticos de naturaleza abierta, como foros, blogs, chats o redes sociales con contenido público (Bueno de Mata, F., «Comentarios críticos a la inclusión de la figura del agente encubierto virtual en la LO 13/2015», en Bueno de Mata, F. (Coord.), *Fodertics 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia*, Comares, Granada, 2015, p. 121).

45. González López, J. J., «Consideraciones acerca de las dificultades conceptual e iusfundamental planteadas por los datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal», en Cabezudo Rodríguez, N. (Coord.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2011, p. 159.

46. Para profundizar en el derecho al secreto de las comunicaciones véase Noya Ferreiro, M. L., *Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 82 a 100; y Richard González, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolters Kluwer (La Ley), Madrid, 2017, pp. 23-43.

47. *Vid.* entre otras, las SSTC de 16 de diciembre de 1996, de 10 de abril de 2000 y de 3 de abril de 2002.

derechos fundamentales de esas personas investigadas[48]. De tal modo, cabe plantearse cómo afectarán estas medidas a la salvaguarda de los mencionados derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los investigados que amparan el intercambio de archivos on line. Para resolver esta duda es preciso resaltar que esta medida cumple con todos los parámetros de la legalidad y proporcionalidad[49], esto es, la limitación al derecho fundamental está legitimada por el Estado de Derecho siempre que se desarrollen dentro de los criterios que la ley determina.

Por tanto, el pleno respeto de estos derechos quedará garantizado por la necesidad de una resolución judicial previa que autorice a realizar estas actuaciones[50]. De manera que será el juez quien controlará, previamente y en todo caso, con base en determinados criterios, como la existencia de indicios suficientes, la idoneidad de la medida y su necesidad o la gravedad de la conducta investigada y su motivación. En definitiva, si la infiltración de un agente restringe derechos fundamentales, debe tener en todo caso autorización del juez de instrucción competente y valorar, con especial atención, la necesidad y proporcionalidad de los medios de investigación utilizados[51].

Finalmente, a juicio de RIZO GÓMEZ, cabe aludir a un derecho fundamental de nuevo cuño que, si no media la existencia de una resolución judicial, puede vulnerar el empleo de la figura del agente encubierto en internet[52]. Se trata del derecho fundamental a la autodeterminación informativa que se recoge el artículo 18.4 de la Constitución Española. Este derecho conlleva un reforzamiento de la autonomía individual de la persona en el contexto de las nuevas tecnologías de la información, habida cuenta de que comporta un derecho a

---

48. Tal como entiende ZAFRA ESPINOSA cuando señala que se trata de una «*medida de investigación especial por suponer un plus de injerencia en el sistema de garantías de las personas investigadas*» (ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La lucha contra el crimen organizado en el borrador del Código Procesal Penal: el agente encubierto», en MORENO CATENA, V., RUIZ LÓPEZ, C. y LÓPEZ JIMÉNEZ, R. (Coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal…*, *op. cit.*, p. 563).

49. A este respeto, CARDOSO PEREIRA entiende que la figura del agente encubierto conlleva «*la puesta en práctica de un instrumento esencial en la lucha contra el crimen organizado siempre y cuando sea utilizado de conformidad constitucional, respetando especialmente los requisitos de legalidad y de proporcionalidad*» (CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012).

50. Para profundizar en el tema véase ZARAGOZA TEJADA, J. I., «El agente encubierto "online"», en ZARAGOZA TEJADA, J. I. (Coord.), *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015…*, *op. cit.*, pp. 340 a 347.

51. Ejemplo de ello es la STC 145/2014, de 22 de septiembre, donde se declaró vulnerado el secreto de las comunicaciones del recurrente de amparo, debido a la ausencia de habilitación legal de la intervención judicialmente autorizada de sus conversaciones orales cuando estaba detenido en los calabozos policiales.

52. RIZO GÓMEZ, B., «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia…*, *op. cit.*, p. 106.

controlar las informaciones que afecten a cada individuo, excluyendo de tal disposición a terceros ajenos y especialmente al Estado. A este respecto, este derecho lleva aparejado la no utilización de datos personales con fines ajenos a los consentidos por la persona en cuestión y la facultad de controlar dichos datos cuando se encuentren en un programa informático[53].

Lo cierto es que la cuestión relativa a la vulneración del derecho de autodeterminación informativa no se plantea acerca de los canales abiertos de comunicación, toda vez que tal y como se ha avanzado y en concreto como Velasco Nuñez señala, «*los datos que se obtienen de archivos y expositores públicos, como los que aparecen en internet, son de acceso libre —de ahí el peligro de la exposición en tablones de las redes sociales de tanto dato personal— y son cedidos libremente "a no se sabe qué ni cuántos futuros usuarios" —algunos de los cuales los querrán para fines espurios— por su propietario, que difícilmente en el futuro podrá evitar que no los trate automatizadamente cualquier lector de los mismos, si los adquirió a raíz del periodo en que estuvieron libremente expuestos al público*»[54]. En consecuencia, la polémica de la vulneración del derecho a la autodeterminación informativa se halla en el marco de las comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, donde el titular puede ceder en ese espacio cerrado determinados datos personales, sean o no íntimos, como por ejemplo los relativos a su vida sexual.

3.2. Ámbito subjetivo de la infiltración policial

Al hilo de lo previsto en el apartado 6 del artículo 282 bis de la LECrim, la actuación del agente encubierto informático se circunscribe a funcionarios de la policía judicial. Ahora bien, cualquier miembro de la policía no puede desempeñar esta labor, por cuanto únicamente pueden ostentar dicha condición los miembros de la policía judicial. Así, podrán infiltrarse los miembros de la Policía Nacional, de la Guardia Civil y los agentes de las policías autonómicas que ostenten competencia de policía judicial. *A contrario sensu*, se excluyen los agentes de los servicios de inteligencia, con excepción de los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, los agentes de policía local o municipal y los del servicio de vigilancia aduanera[55]. Y también se excluye la

53. Fernández Rodríguez, J. J., *Secreto de comunicaciones en internet,* Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 70.

54. Velasco Nuñez, E., *Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 211.

55. Pozo Pérez, M., «El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española», *Criterio jurídico*, número 62, 2006, p. 287.

infiltración realizada por particulares, es decir, cualquier ciudadano con independencia del motivo que pueda ocasionar su actuación[56].

Una vez valoradas las circunstancias del caso, el funcionario llamado a realizar funciones de agente encubierto será escogido por el pertinente mando policial y propuesto a la autoridad judicial y tras la obtención de la pertinente autorización, empezará la infiltración. Para ello, se le deberá facilitar una identidad supuesta, que comprende, como regla general, un nombre falso, dirección, línea de teléfono, antecedentes penales, cuenta bancaria[57], así como todo tipo de acreditaciones: DNI, pasaportes, tarjetas de residencia, tarjetas de crédito, título de licenciado o graduado, etc[58].

Habida cuenta de lo expuesto, y en atención al párrafo segundo del artículo 282 bis 2, cabe destacar que el agente asume tal función voluntariamente, de manera que el mando judicial no le puede imponer su decisión, toda vez que en este ámbito no existe un deber de obediencia. Y ello, fundamentalmente, por dos razones. Por un lado, por extensión de la voluntariedad que también se predica del agente encubierto presencial, pues como se comentó, el agente encubierto virtual participa de un sustrato común básico que es idéntico al que inspira la regulación de aquél. Y por otro, por el importante daño psíquico que puede suponer para esa persona, en tanto no sea capaz de asumirlo.

3.3. Ámbito objetivo de la infiltración policial

De conformidad con el apartado 6 del artículo 282 bis, la finalidad de la utilización de esta figura es «*esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a*». Por tanto, se refiere no sólo a los delitos perpetrados en el marco de la delincuencia organizada, mencionados *supra*, sino también a los delitos que se puedan cometer a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, tal como prevé el nuevo ar-

---

56. A este respecto, cabe pensar, en materia de pornografía infantil, en un padre de familia especialmente sensibilizado porque lo sufrió su propio hijo o por alguna vivencia propia que le haya causado un trauma y como consecuencia de ello entra en contacto en la red con pederastas (Rizo Gómez, B., «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*…, *op. cit.*, p. 109).

57. Pozo Pérez, M., «El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española»…, *op. cit.*, p. 292.

58. Zafra Espinosa de los Monteros, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 345.

tículo 588 *ter* a[59], que a su vez remite explícitamente a alguno de los delitos que se refiere el artículo 579.1[60].

El motivo de esta inclusión puede residir en el hecho de que hasta esta nueva regulación las posibilidades de uso de la figura se circunscribían a los tipos delictivos que se relacionan en el propio precepto en su apartado 4, constituyendo un *números clausus*. En puridad, esta circunstancia limitaba las opciones de utilización en las investigaciones on line, y más si tenemos en cuenta que gran parte de las actividades ilícitas frecuentes —*v. g.* el acoso a menores de edad o todo lo relacionado con la pornografía infantil—, no tiene cabida en el marco de grupos de delincuencia organizada. Asimismo, otras de esas actividades no se incluyen en esa relación de delitos, como pueden ser los ataques a sistemas informáticos[61].

Esta enumeración tasada de delitos nos sitúa en una situación de vacío legal y, además, resulta poco operativo. A este respecto es menester comentar, y más si partimos del avance que sufren las tecnologías, que el hecho de elaborar esta lista cerrada constituye un error, siendo más acertada la determinación de un sistema de *numerus apertus* basado en clases de delitos y no en figuras concretas. De esta forma, tal como asegura Bueno de Mata[62], estaríamos hablando de «*compartimentos abiertos*», pudiendo evitar, así, otras clasificaciones «*que queden rápidamente desfasadas*».

En definitiva, aun cuando se podría especificar un poco más los tipos de delitos informáticos, lo cierto es que debe estimarse positiva esta previsión que, sin duda, amplía el campo de actuación del agente encubierto a las investigacio-

---

59. Este precepto fue previsto por la Ley Orgánica 13/2015, al crear en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo V que regula la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. En concreto, señala que «*La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación*».

60. Este artículo 579.1 prevé que «*El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; 3.º Delitos de terrorismo*».

61. Existe una serie de circunstancias que coadyuvan al aumento del crimen informático, como pueden ser, entre otros: su carácter impersonal, proporciona el anonimato a quien no quiere ser descubierto en sus acciones ilícitas; proporciona una gran difusión; la facilidad para obtener y difundir contenidos multimedia favorece los comportamientos delictivos; o el carácter global del sistema y la falta de límites que, unido a la inmediatez de la transmisión de la información fomenta la perpetración de los delitos.

62. Bueno de Mata, F., «El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia», en Pérez-Cruz Martín, A. J. y Ferreiro Baamonde, X. (Dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* …, *op. cit.*, p. 297.

nes que se lleven a efecto en la red. En esta línea, se pronuncia RIZO GÓMEZ, al considerar esta ampliación digna de alabanza, habida cuenta de que limitar esta figura a los supuestos en que se investigan actividades propias de la delincuencia organizada y, más concretamente, a los tipos penales que se prevén en el apartado cuarto del 282 bis, supondría un fracaso de la medida. Con todo y con ello, se considera ineludible la necesidad de extender la operatividad del agente encubierto informático a otra serie de delitos.

3.4. Intercambio o envío de archivos ilícitos y análisis de los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos

En la actuación del agente encubierto informático cabe destacar la posibilidad que tiene de «*analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos*»[63]. Expresión ésta más acertada que la contemplada en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim, pues de aquella forma, sin duda, podría plantear problemas interpretativos, dado su dificultad a la hora de comprender a que se refiere el legislador.

En esta línea, es muy claro el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto[64], para quien la identificación segura de archivos informáticos se realiza habitualmente mediante el *hash.* Señala éste que «*El hash es la clave alfanumérica resultante del análisis de los contenidos de cualquier archivo informático y su especificidad es tal que la mas mínima alteración en el contenido del archivo determinaría la modificación de ese resultado hash. A su vez el termino algoritmo se emplea para definir los pasos e instrumentos necesarios para obtener un resultado como es precisamente el hash».* En consecuencia, para la Fiscalía lo relevante, en este sentido, no es el análisis de los algoritmos sino «*el análisis de los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos*».

Por otro lado, el intercambio o envío de archivos de contenido ilícito por parte del agente encubierto constituye una medida totalmente necesaria para combatir los delitos cometidos por medio de internet. Un ámbito fundamental para llevar a cabo esta actividad y donde su relevancia es innegable es el de la pornografía infantil[65]. En efecto, es justamente en este contexto donde aflora

---

63. Párrafo segundo del apartado 6 del artículo 282 bis de la LECrim.

64. *Vid.* el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para la agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, presentado en Madrid el 23 de enero de 2015, pp. 26 y 27.

65. DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Delitos de pornografía infantil: otra vuelta de tuerca», *Diario La Ley*, número 7817, 13 de marzo de 2012.

un problema que preocupa a todos los países: la producción, tenencia e intercambio de pornografía infantil en internet. La realidad es que en la historia de la humanidad, pocos asuntos tienen tanto poder demagógico como la lucha contra esta lacra social, incluso hasta el punto de coartar la razón y unir a personas de distinta ideología. En concreto, la amenaza de este tipo de conductas en un país como España, la sitúa en segundo lugar del mundo en consumo de pornografía infantil e intercambio de archivos pedófilos, tras los Estados Unidos y por delante de México, tal como reflejan los datos de la Fundación Alia2.

Lo complejo en estas circunstancias es que los consumidores de pornografía infantil se sitúan en foros restringidos, en los que ganarse su confianza es, en la mayoría de las ocasiones, la única vía para localizar y detener a quienes producen y distribuyen el material pornográfico[66]. Además, los durísimos golpes sufridos por las redes de pornografía infantil en los últimos años han provocado que los pederastas sean cada vez más cautos a la hora de intercambiar material en la red, ya sean vídeos o fotografías de niños, lo que dificulta su descubrimiento.

Este entramado fue el motivo de que los máximos responsables de las brigadas de investigación tecnológica, tanto de la Policía Nacional como de la Guardia Civil, coincidiesen en que la pornografía infantil representa un problema difícil de eliminar y que, debido al efecto multiplicador de internet, se ha convertido en uno de los delitos más habituales en la actualidad.

Llegados a este punto, somos conscientes de que la figura del agente encubierto se utilizaba, sobre todo, en la persecución del narcotráfico, pues en investigaciones sobre pornografía infantil apenas se empleaba porque no había cobertura legal[67]. Por este motivo, fue necesaria la reacción del legislador a través de la introducción de este agente encubierto virtual. Cuestión ésta que, sin duda, posibilitó a la policía recurrir a este medio en sus investigaciones en internet y así poder acabar con aquellas conductas criminales que afecten a menores de edad[68].

---

66. Para llegar a las fuentes de producción de la pornografía, será preciso entablar contacto personal y directo con quienes pudieran facilitar el acceso a un determinado grupo de delincuencia. Si bien es una actividad que no asegura el éxito de la investigación, sí constituye un presupuesto imprescindible para la misma.

67. A diferencia de los principales países de nuestro entorno, como Francia, Alemania, Italia o Estados Unidos, donde existe esta figura y se emplea para desmantelar desde dentro ese tipo de redes delictivas.

68. La operación más reciente en la que se ha utilizado por primera vez la figura del agente encubierto virtual ha permitido detener a 19 personas en Alicante y otras 13 provincias por distribuir pornografía infantil en una operación que ha realizado la Guardia Civil de Alicante. Los agentes de la Unidad Orgánica de Policía Judicial (UOPJ) de la Guardia Civil de Alicante tuvieron conocimiento, a través de un testigo, de que en determinados grupos cerrados o secretos de una conocida red social, se intercambiaban enlaces que, tras clicar en ellos, se accedía directamente a grupos de mensajería instantánea, en los que se compartía abundantes archivos de pornografía infantil. Con esta información, se dio inicio a la Operación Íntegra, de ámbito nacional. En concreto, la investigación se inició en marzo del

De esta forma, la Justicia dio vía libre a esta figura con el objeto de mejorar la eficacia de los agentes, permitiendo que los policías se hagan pasar por pederastas o finjan que son niños en foros de internautas para pillar *in fraganti* a los depravados, además de poder acceder a grupos cerrados donde es preciso ofrecer cierto material capcioso para llegar a ser miembro. Por tanto, el legislador pretende que el agente sea capaz de infiltrarse dentro de las redes de pederastia para combatirla, toda vez que esta figura se erige como eficaz para el descubrimiento y persecución de quienes aprovechan la red y las nuevas tecnologías para sus designios[69], como son los ciberdelincuentes. Para lo cual, sin duda, es necesaria la regulación específica que determine, con plena seguridad jurídica, el ámbito de actuación de estos agentes encubiertos en la persecución de la pornografía infantil, dado que su diseño se llevó a cabo tomando como ejemplo los delitos de narcotráfico.

Así las cosas, el apartado 6 del 282 bis contempla la eventual intervención policial encubierta en las redes de intercambio de archivos (p2p), que consistirá en la posibilidad de utilizar archivos de contenido ilícito de modo justificado a fin de obtener la identidad de su destinatario, quien los requeriría en este tipo de redes. En este caso, la resolución judicial habrá de ser de nuevo motivada y específica para esta clase de intervención policial. Esta actividad en redes p2p posibilitará el análisis de los algoritmos, esto es, de las operaciones matemático-electrónicas que puedan identificar las rutas de los ciberdelincuentes en las redes, sus protocolos o normas de actuación y la naturaleza del material objeto de los intercambios. Dicho en otras palabras, el papel del agente encubierto, que se convierte en una especie de espía en la red, incluye la posibilidad de enviar o intercambiar archivos ilícitos, pasando a poder realizar examen de algoritmos asociados a dichos archivos, garantizando la intimidad y el secreto de las comunicaciones de los posibles afectados.

Por esta razón, es necesaria la autorización judicial previa para realizar intervenciones de este tipo, y con mayor motivo en los casos en los que se comparten archivos ilícitos, pues no deja de ser una actuación contraria a la ley. Lo cierto es que en este punto, aflora un problema, pues el propio texto de la ley no contiene disposición alguna acerca del concepto de «archivo ilícito», lo que

---

2017, tras la denuncia de una mujer cuya identidad fue protegida bajo la condición de testigo protegida, y finalizó en enero de 2018 y a través de ella se constató que los archivos pedófilos se distribuían a través de más de una decena de grupos de WhatsApp con miles de miembros.
Mediante el agente virtual encubierto los agentes se hicieron pasar por un usuario más de estos grupos de mensajería instantánea, dónde se distribuía el abundante material pornográfico. Se confirma así la utilidad de esta figura en este tipo de actuaciones delictivas.

69. Rodríguez Caro, M. V., «La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático», *Noticias Jurídicas*, junio de 2015. Disponible en www.noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10222-la-infiltracion-policial:-en-el-limite-del-estado-de-derecho-el-inminente-agente-encubierto-informatico/.

nos puede situar en ocasiones ante un vacío legal y, por ende, en una inseguridad en la actuación del agente en estos espacios no ya privados, sino íntimos del investigado.

A este respecto, para lograr que el agente encubierto se infiltre de forma eficaz, se preveía, en un primer momento, que se intercambiase material delictivo de antiguas redadas. Sin embargo, esta práctica no se reveló adecuada pues se entendía que, además de implicar a menores en todo el procedimiento, se seguiría cometiendo el hecho punible por los agentes. Por consiguiente, se estaría menoscabando los derechos de las víctimas, sin atender al hecho de que la protección de la infancia se considera por encima de toda investigación criminal.

Por ello, se optó, tal como asegura Bueno De Mata[70] por permitir intercambiar «*material camuflado creado ad hoc*», es decir, intercambiar material pornográfico en el que aparezcan actores y actrices porno mayores de edad haciéndose pasar por menores o amenazas creadas contra personas ficticias para generar confianza en el investigado. De esta manera, la actuación del agente y el propio material incurrirían en un engaño, pero sin llegar a vulnerar la imagen de ningún menor, ni de la infancia en su conjunto, toda vez que estaríamos ante un material específicamente creado para luchar contra este fin, y en el que no se estaría implicando, en ningún momento, a menores de edad.

Ahora bien, toda esta cuestión merece una reflexión, pues otorgar la facultad al agente de intercambiar material ilícito con el investigado, podría llevar a la defensa a una acusación de inducción al delito por parte del propio agente[71]. Hecho éste que podría arrastrar la nulidad de la investigación por entender que el agente infiltrado se hubiese convertido en un agente provocador, pues viabilizaría el nacimiento de una voluntad criminal en la persona investigada y la utilización de la comisión de delitos como herramientas de investigación[72].

En atención a lo expuesto, lo complicado será que el órgano jurisdiccional determine cuándo se ha producido la actuación espontánea y de modo natural de los delincuentes, o si el agente se ha valido de maniobras capciosas o engaños por el mero hecho de cargar contenidos ilícitos en la red, y ello, por el funcionamiento propio de las redes de intercambio de archivos. Si los agentes ponen

---

70. Bueno de Mata, F., «Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?», en Pérez Gil, J. (Coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información: Las nuevas tecnologías para investigar probar el delito*, La Ley, Madrid, 2013, p. 322.

71. Bueno de Mata, F., «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *Diario La Ley*, número 8627, Sección Doctrina, 19 de octubre de 2015.

72. *Vid.* el fundamento jurídico tercero de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 601/2000, de 14 julio.

archivos ilícitos a disposición de terceros, lo siguiente que cabe esperar es su descarga, por tanto, se podría hablar de «provocación» en su sentido estricto e ilícito. Sin embargo, aun cuando pueden decir que los agentes subieron los archivos únicamente para ponerse en contacto con sospechosos de distribución de los mismos, se considera muy difícil encajarlo en esta justificación.

En definitiva, para salvar este inconveniente, el legislador contempló la necesidad de una autorización específica para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido a lo largo de una investigación[73]. De modo que el agente encubierto deberá actuar en la clandestinidad mediante una identidad supuesta, de acuerdo a la ley y con la autorización judicial a fin de reprimir o prevenir el delito.

3.5. La obtención de imágenes y grabación de las conversaciones por el agente encubierto informático

De acuerdo con el apartado 7 del artículo 282 bis «*En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio*». Por tanto, si en el desarrollo de una investigación concreta se necesita llevar a cabo cualquier actividad de éstas, el agente deberá solicitar la oportuna autorización, siendo el órgano judicial competente el que valorará la viabilidad de la medida de conformidad con la idoneidad, proporcionalidad y necesidad de la misma.

Por lo que respecta a las grabaciones de imagen y sonido, teniendo en cuenta que no existe regulación específica en materia de agente encubierto, éstas se efectuarán de acuerdo con las normas específicas previstas en el Capítulo VI del Título VIII de la Ley 13/2015 —artículo 588 quater— en tanto regula la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Sin perjuicio de atender a estas normas, *ad maiorem,* habrá que acudir a las normas generales del Capítulo IV, que se recogen en el artículo 588 bis. Y ello porque unas y otras deberían complementarse, aun

73. Esta autorización no se contemplaba en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Al señalar «*El agente encubierto informático podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos*», se infería que no era preciso contar con la autorización del juez para llevar a cabo estas actuaciones. No obstante, dado el contenido ilícito de los archivos, a juicio de LAFONT NICUESA, parece aconsejable que el juez deba autorizar expresamente el intercambio (LAFONT NICUESA, L., «El agente encubierto en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, número 8580, Sección Doctrina, julio de 2015).

cuando el texto resultante en muchos casos sea reiterativo, en otros incompleto, o incluso casi incompatible en algunos puntos[74].

3.6. El valor probatorio de su actuación

Con la finalidad de analizar las especialidades derivadas del particular entorno en que interviene el agente encubierto informático, resulta conveniente abordar el valor probatorio de su actuación. Y ello porque no existe duda alguna acerca de la importancia de su declaración en el juicio oral, por cuanto constituye una prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo su valoración al tribunal de instancia[75].

En puridad, la infiltración policial se desarrolla en la fase instructora del procedimiento para surtir sus efectos en la fase de enjuiciamiento, en la que el concreto medio de prueba, que servirá de vehículo para introducir en el juicio oral la información, dependerá de su naturaleza. Es habitual que se proponga la testifical del agente encubierto, cuya declaración se referirá no sólo a lo que directamente haya percibido por sí mismo en el curso de la infiltración, sino también a aquellos hechos conocidos que le hayan sido relatados por otros, en este caso como testigo de referencia. De igual modo, su testimonio servirá para confirmar el de otras terceras personas que, sin su intervención pudieran mostrarse reticentes a declarar o incluso a decir la verdad.

Habida cuenta de lo expuesto, si el agente encubierto no ratifica su declaración en el juicio oral, lo manifestado por dicho sujeto en la instrucción como consecuencia de la actividad investigadora realizada carecerá de valor probatorio, alcanzando únicamente, tal y como pone de relieve Rizo Gómez, el valor de mera denuncia y siendo objeto, por tanto, de actividad probatoria[76].

---

74. Conde-Pumpido, P., «Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos», pp. 3 y 4. Disponible en www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_ NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile= b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4.

75. *Vid.* la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 104/2011, de 1 de marzo, en la que razona sobre la validez del testimonio del agente encubierto como prueba de cargo suficiente para quebrar la presunción de inocencia: «*La Sala de instancia concede credibilidad a este testimonio y ya hemos dicho —por todas STS 545/2010 de 15.6— que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente pare enervar la presunción de inocencia (STS 284/96 de 2.4). En este sentido el art. 717 LECrim dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional*» (fundamento jurídico segundo).

76. Rizo Gómez, B., «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*…, *op. cit.*, pp. 119 y 120).

Un caso excepcional lo constituye la actuación del agente que interviene sin autorización judicial. En este supuesto, la prueba obtenida, al vulnerar derechos fundamentales como consecuencia de la carencia de una resolución judicial que habilite su adopción, será nula de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Una de las especialidades respecto a la declaración del agente encubierto en el juicio oral, es el apartado 2 del artículo 282 bis de la LECrim[77], toda vez que permite el mantenimiento de la identidad falsa siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, en cuyo caso le será también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales. A tal efecto, cabe recordar que el artículo 4.3 de esta Ley Orgánica 19/1994, dispone que «*Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley*».

De esta manera, el mantenimiento de la identidad falsa en la fase de enjuiciamiento no podrá vulnerar el derecho de defensa, ni impedir la oportuna plenitud del principio de contradicción, teniendo que desvelarse la condición de policía judicial e identificar al funcionario a través de su Número de Identificación Personal (NIP) o su Tarjeta de Identidad Profesional (TIP) en caso de ser admitido su testimonio[78].

Por último, en cuanto a las fotografías, grabaciones de imagen y/o sonido que haya obtenido el agente encubierto se aportarán al juicio en orden a la apreciación judicial, pudiendo, en su caso, ser objeto de las oportunas pericias[79]. Al hilo de esto, cabe aludir a la sentencia del Tribunal Supremo 652/2016, de 15 de julio, en la que se cuestiona la validez de una prueba constituida por la grabación del contenido de una reunión mantenida en el interior de una em-

---

77. El apartado 2 del artículo 282 bis prevé: «*Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre*».

78. Rodríguez Caro, M. V., «La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático» …, *op. cit.*

79. Rodríguez Caro, M. V., «La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático» …, *op. cit.*

presa entre el acusado y cuatro trabajadores de la misma. La grabación que había sido reproducida durante la celebración de la vista constituyó uno de los elementos fundamentales para el dictado de una sentencia condenatoria por parte de una Audiencia Provincial de Guipúzcoa[80].

4. Conclusiones

Hoy en día, internet constituye un escenario de actividad humana, donde el factor del anonimato y las nuevas TIC coadyuvan a la posibilidad de albergar conductas antijurídicas que avanzan a gran velocidad. En efecto, no hay duda alguna de que las personas que, con fines delictivos, actúan a través de este cauce representan una gran amenaza para nuestra sociedad, máxime cuando los destinatarios de esos ataques son personas especialmente vulnerables, como sucede con los menores de edad.

Por este motivo, y habida cuenta de que la lucha contra la criminalidad es una materia ardua y compleja, surgió la necesidad de articular nuevos mecanismos de investigación que posibilitasen combatir eficazmente este tipo de conductas delictivas. En atención a esta realidad, el legislador entendió necesaria la adopción de medidas eficaces en la investigación policial y una de ellas es la previsión del agente encubierto informático a través de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Aun cuando no constituye una figura procesal creada *ex novo* por cuanto hunde sus raíces en la regulación

---

80. Ante el recurso de casación interpuesto por la defensa, el Tribunal Supremo terminó señalando en el fundamento jurídico decimosegundo: «*1. La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.*
2. Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.
3. Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los art 588 y siguientes de la LECrim.
4. No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.
5. Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.
6. La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculpado.
En el caso actual, como se ha señalado, la prueba es innecesaria, pues existen otras pruebas mas que suficientes para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. Además de ello los intervinientes en la conversación han declarado y confirmado su contenido, al margen de la grabación. Y, por último, no cabe apreciar ardid alguno, pues es claro que la reunión tenía la finalidad de procurar un acuerdo, celebrándose días después de descubierto el hecho, antes de la iniciación del procedimiento, y sin pretender obtener una confesión, que además no se produjo. No ha lugar, en consecuencia, a la nulidad interesada».

originaria que articula el artículo 282 bis de la LECrim, lo cierto es que viabiliza su adaptación al entorno virtual en el que interviene. Y ello porque se facilita la infiltración de un funcionario de la Policía Judicial en ese entorno virtual, con el objetivo no sólo de potenciar su utilización y garantizar su funcionalidad y operatividad, sino también de lidiar contra las conductas criminales perpetradas en internet y averiguar, así, la identidad de los ciberdelicuentes.

En buena lógica, el agente encubierto informático se considera una solución acertada y un paso al frente en la lucha de multitud de delitos que quedan impunes. Ello no obstante, no es factible concebirla como la solución a todas las deficiencias actuales en la investigación de ilícitos en el entorno digital[81], máxime cuando la nueva regulación, lejos de ser un texto atrevido, debiera de ser más sólida y coherente con la propia naturaleza de la medida, evitando vacíos legales que puedan generar inseguridad jurídica en la utilización de la misma.

5. Bibliografía

AIGE MUT, M. B., «Las nuevas diligencias de investigación tecnológica: especial referencia al sector turístico», en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática,* Ratio Legis Ediciones, Salamanca, 2016.

ALONSO SALGADO, C., «Algunos elementos problemáticos de la intervención del correo electrónico como diligencia de investigación en el sistema penal español: un camino de claroscuros», en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ALONSO SALGADO, C., «El largo camino hasta la Ley Orgánica 13/2015: algunos aspectos relevantes en relación a la interceptación de las comunicaciones telefónicas», en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *Fodertics 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia,* Comares, Granada, 2015.

BUENO DE MATA, F., «Comentarios críticos a la inclusión de la figura del agente encubierto virtual en la LO 13/2015», en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *Fodertics 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia*, Comares, Granada, 2015.

BUENO DE MATA, F., «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías proce-

81. No en vano, continúa en vigor la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que implica un enorme obstáculo en la identificación de autores de infracciones civiles o de delitos de naturaleza leve, toda vez que dicha norma compele a los operadores de internet a conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación y cederlos a las autoridades competentes únicamente en casos de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Aun con todo, debido a la imposibilidad de su identificación, se deja impune a la mayoría de delitos que se cometen en el día a día de las redes sociales e internet, tales como la suplantación de identidad, las amenazas o las injurias, que tienen penas aparejadas inferiores y que hacen que los operadores no faciliten su identificación.

sales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *Diario La Ley*, número 8627, Sección Doctrina, 19 de octubre de 2015.

Bueno de Mata, F., «El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la Justicia», en Pérez-Cruz Martín, A. J. y Ferreiro Baamonde, X. (Dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*. *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2012.

Bueno de Mata, F., «Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?», en Pérez Gil, J. (Coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información: Las nuevas tecnologías para investigar probar el delito*, La Ley, Madrid, 2013.

Cardoso Pereira, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012.

Choclán Montalvo, J. A., «Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos», en Romeo Casabona, C. M. (Coord.), *El Cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006.

Conde-Pumpido, P., «Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos». Disponible en www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3% B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile= b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4.

De Jorge Pérez, C., «El escondite virtual y el nuevo agente encubierto», en Bueno de Mata, F. (Coord.), *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia,* Comares, Granada, 2016.

De la Rosa Cortina, J. M., «Delitos de pornografía infantil: otra vuelta de tuerca», *Diario La Ley,* número 7817, 13 de marzo de 2012.

Delmas-Marty, M., Pieth, M. y Sieber, U. (Dirs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Díaz-Maroto y Villarejo, J., «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido"», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-293, tomo 5, Editorial La Ley.

Expósito López, L., «El agente encubierto», *Revista de Derecho UNED*, número 17, 2015.

Fernández Rodríguez, J. J., *Secreto de comunicaciones en internet*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2004.

Gascón Inchausti, F., *Infiltación Policial y «agente encubierto»*, Comares, Granada, 2001.

Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

González López, J. J., «Consideraciones acerca de las dificultades conceptual e iusfundamental planteadas por los datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal», en Cabezudo Rodríguez, N. (Coord.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2011.

Jordán Díaz-Roncero, M. J. y Comes Raga, I., «El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado», *La Ley Penal,* número 77, Sección Legislación aplicada a la práctica, diciembre de 2010, Editorial Wolters Kluwer.

Lafont Nicuesa, L., «El agente encubierto en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, número 8580, Sección Doctrina, julio de 2015.

Lamarca Pérez, C., «Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas», *La Ley Penal*, número 86, Sección Legislación aplicada a la práctica, octubre de 2011, Editorial Wolters Kluwer.

MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la droga*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio,* Marcial Pons, Madrid, 2012.

MITCHISON, N. y URRY, R., «Delitos y abusos en el comercio electrónico», *The IPTS Report*, 2001, 57, pp. 19-24.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NOYA FERREIRO, M. L., *Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PAZ RUBIO, J. M., MENDOZA MUÑOZ, J., OLLÉ SESÉ, M. y RODRÍGUEZ MORICHE, R., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999.

POZO PÉREZ, M., «El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española», *Criterio jurídico*, número 62, 2006.

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolters Kluwer (La Ley), Madrid, 2017.

RIZO GÓMEZ, B., «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.) y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (Coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Diligencia de registro de dispositivos y *smartphones*», en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia,* Comares, Granada, 2016.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y *smartphones.* Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ CARO, M. V., «La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático», *Noticias Jurídicas*, junio de 2015. Disponible en noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10222-la-infiltracion-policial:-en-el-limite-del-estado-de-derecho-el-inminente-agente-encubierto-informatico/.

SIEBER, U., «El control de la complejidad en el ciberespacio global: la armonización de los delitos informáticos», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M. y SIEBER, U. (Dirs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VALIÑO CES, A., «La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VALVERDE MEGÍAS, R., «Cuestiones procesales relativas a la investigación de los delitos en red». Disponible en www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20VALVERDE.pdf?idFile=98ee6878-f370-403a-911b-7d71200a932a.

VELASCO NUÑEZ, E., «Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías», *Revista de Jurisprudencia*, número 4, febrero de 2011.

Velasco Nuñez, E., *Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010.

Zafra Espinosa de los Monteros, R., «La lucha contra el crimen organizado en el borrador del Código Procesal Penal: el agente encubierto», en Moreno Catena, V., Ruiz López, C. y López Jiménez, R. (Coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Zafra Espinosa de los Monteros, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Zaragoza Tejada, J. I., «El agente encubierto "online"», en Zaragoza Tejada, J. I. (Coord.), *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

La videovigilancia como acto de investigación limitador de derechos fundamentales

Carmen Durán Silva
Profesora Ayudante Doctor del Área de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

1. Introducción

A nadie escapa el hecho de que la videovigilancia es un acto de investigación susceptible de afectar a los derechos fundamentales. Prueba de ello es que la videovigilancia, en sentido estricto, es un proceso mecánico que debe ser desarrollado de conformidad con la Ley, así como por los sujetos habilitados al efecto, pues, de lo contrario, no podrá alcanzar valor probatorio en el juicio oral y deberá ser expulsada del procedimiento de conformidad con el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), situación que solo tiene lugar cuando con el acto de investigación en particular se ha producido la vulneración de un derecho fundamental. En concreto, y como se verá a continuación, la videovigilancia es susceptible de afectar al derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución Española (en lo sucesivo, CE), al derecho a la propia imagen, en cuanto una de las manifestaciones del derecho a la intimidad, y al derecho a la protección de datos referido en el art. 18.4 de nuestra Norma Fundamental.

En nuestro país, la problemática que hasta fechas muy recientes planteaba el uso de la videovigilancia derivaba de las dificultades que conllevaba la utilización de estos mecanismos por una incompleta, inadecuada y fragmentaria regulación jurídica además de parcial y desajustada a las necesidades del momento. Sin embargo, esta situación de incertidumbre llegó a su fin tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (en adelante, LO 13/2015), mediante la cual se fijan las exigencias que se derivan

del desarrollo de este tipo de diligencias de investigación, como la que es objeto de estudio, susceptibles de vulnerar derechos fundamentales. En este contexto, la reciente promulgación de dicha ley no ha hecho sino incrementar el interés en el estudio de la ya referida diligencia de investigación por cuanto son numerosos los aspectos que siguen suscitando importantes interrogantes.

Y es que, la importancia de un estudio exhaustivo de la videovigilancia es, en un momento en el que la revolución tecnológica ha alcanzado su punto más álgido, difícilmente rebatible. Máxime si tenemos presente que, dentro de dicho contexto, la videovigilancia constituye uno de los actos de investigación más utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto en materia preventiva como en el marco de la investigación de los delitos. Así pues, su estudio debe partir del análisis del derecho fundamental a la intimidad y la relación que existe entre éste y los espacios sujetos a videovigilancia.

2. El binomio libertad-seguridad: derechos fundamentales afectados durante la práctica de la videovigilancia

Tradicionalmente, la doctrina ha discutido acerca del conflicto de valores que puede producirse al desarrollar una actividad de tales características como la que se desarrolla a través del uso de videocámaras. ALEGRE MARTÍNEZ afirma que la instalación de sistemas de videovigilancia en lugares públicos puede afectar tanto a los derechos a la intimidad personal y familiar como también al derecho al honor, a la propia imagen y a la protección de datos, contenidos en el art. 18 CE, en función de cómo se utilicen los datos e imágenes recopiladas[1].

Es cierto que la actuación estatal debe regirse por la protección y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos en cuanto estos constituyen no sólo un límite, sino también una guía de actuación —en este marco podemos identificar los derechos fundamentales como garantía de libertad—, pero, también es cierto que, sin seguridad, no puede subsistir la libertad. De otro modo, nos encontraríamos en una situación de anarquía en la que todos podrían hacer su voluntad sin tener en cuenta los derechos de los demás, situación que de ningún modo puede identificarse con la libertad que se trata de garantizar con los derechos fundamentales.

---

1. Respecto a la posible afectación de los derechos fundamentales derivado del empleo de sistemas de videovigilancia, ALEGRE MARTÍNEZ destaca la importancia de una correcta proporción en la utilización de la medida, pues, si bien el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen puede operar sobre diferentes ámbitos de la personalidad, cuando se trata de la captación de la imagen, dicha actividad puede operar sobre diferentes ámbitos de la personalidad en función del grado de intrusión que sufra el sujeto videovigilado. Sobre esta cuestión, véase ALEGRE MARTINEZ, M.A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 49-61.

Nos encontramos, por tanto, en presencia de dos valores —libertad y seguridad— que deben ser garantizados por todo Estado democrático, pues, sin uno no puede darse el otro. Cuando los miembros de una sociedad carecen de seguridad tanto para sí mismos como para sus bienes, la libertad no puede subsistir. Igualmente, tampoco podemos hablar de libertad en aquellos casos en los que el Estado la limite de forma desproporcionada con el objeto de conseguir un clima de seguridad[2].

En este contexto, y, desde un punto de vista histórico, debe señalarse que los derechos fundamentales se caracterizan por su carácter dinámico, siendo patente su evolución a medida que los modelos sociales cambian y se evidencia la necesidad de ampliar y redimensionar sus formas de titularidad a través del reconocimiento de nuevas situaciones y posiciones jurídicas subjetivas. Prueba de ello es que el derecho a la intimidad, pese a que tradicionalmente se ubica dentro de los derechos de primera generación, puede ser catalogado no sólo como un derecho de primera generación, sino también de tercera, como es el caso del derecho a la protección de datos frente a las nuevas tecnologías[3].

En este punto, debe ponerse de manifiesto que, como es sabido, el sistema legal español no define qué se considera intimidad desde el punto de vista normativo. Es cierto que su reconocimiento expreso se encuentra previsto en el art. 18.1 CE; sin embargo, nada dice el legislador acerca de las realidades que con él se abarcan. Por esta razón, para conocer la verdadera significación del mismo, debemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales.

De este modo, de conformidad con la doctrina mayoritaria de nuestro país, y, por cuanto hace al ámbito protegido por el derecho a la intimidad, debe destacarse la existencia de dos grandes posturas que toman como referencia dos elementos distintos. La primera de ellas, viene constituida por la intimidad territorial y se encuentra estrechamente vinculada con la teoría de las tres esferas en el sentido de que identifica el ámbito protegido por el derecho a la intimidad con un espacio físico determinado[4]. La segunda de ellas, viene referida a la intimidad informacional que sitúa como eje central al individuo y a la sociedad, quienes, a través de sus actos y de los usos sociales del momento delimi-

---

2. En este sentido, Serra Uribe, C.E., *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*, Laberinto, Madrid, 2006, p. 16.

3. Así, para Pérez Luño, el derecho a la intimidad no sólo puede ubicarse dentro del grupo de derechos de primera generación, caracterizados por responder a una necesidad genérica de protección de diferentes aspectos de los sujetos desde una perspectiva individualista sino que, además, puede incluirse en el catálogo de los derechos de tercera generación en la medida en que el derecho a la protección de datos supone una redimensión del ya referido derecho a la intimidad, pero enfocado hacia la protección del individuo frente a las nuevas tecnologías. Véase, Pérez Luño, A.E., *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 27-41.

4. Es el caso, por ejemplo, de Mieres Mieres, L.J., *Intimidad personal y familiar: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 24.

tan qué queda bajo la protección constitucional de la intimidad[5]. Así pues, la solución al interrogante suscitado acerca de cuál de las dos concepciones resulta más coherente con la realidad actual es no considerarlas como excluyentes entre sí, sino como complementarias, pues, pese a que la intimidad es un concepto en constante evolución y, por tanto, la realidad social del momento ha de ser tenida en consideración a la hora de poder determinar qué ámbitos quedan protegidos o no por el referido derecho, ello no puede convertirse en el único criterio delimitador, sino que ha de partirse de un criterio material que atienda un espacio físico determinado, en la medida en que la proyección de la intimidad no tiene el mismo alcance dentro del domicilio que en los lugares públicos.

En suma, una clara muestra de la maleabilidad que caracteriza la interpretación del derecho fundamental a la intimidad es que las teorías tradicionales que identificaban el ámbito protegido por el referido derecho con un espacio físico determinado han evolucionado hacia posturas híbridas de tal modo que en la actualidad no hay una delimitación tan tajante entre lo que son espacios íntimos y públicos[6]. Claro ejemplo de ello es que en la actualidad contamos con el concepto de espacio privado para referirnos a aquellos ámbitos intermedios que existen entre los espacios íntimos y los públicos. Así, por ejemplo, es preciso emplear carteles informativos en aquellos espacios privados sometidos a videovigilancia, de tal modo que el sujeto que accede a los mismos pueda tener conocimiento previo de que su imagen va a ser grabada. De tal manera, si accede al espacio videovigilado, se entiende que presta un consentimiento tácito, y, a partir de ese momento, la grabación es plenamente legítima.

Junto con el derecho a la intimidad, el uso de sistemas de videograbación es susceptible de afectar a otros derechos fundamentales, como es el derecho a la protección de datos. De conformidad con el tenor literal de nuestra Norma Fundamental, «*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». Del mismo modo que sucede con el derecho a la intimidad, es la doctrina jurisprudencial la que se ha encargado de fijar el alcance y la signifi-

---

5. Respecto al ámbito protegido por la intimidad informacional, cabe destacar la STS 523/2017, Sala de lo Penal, de 17 de julio, que, si bien se encuentra referida a un proceso en el que la vulneración de los derechos fundamentales del art. 18.3 CE se ha producido por una intervención de las comunicaciones a través de la cual se obtienen los números de teléfono intervenidos sin la preceptiva autorización judicial, puede traerse a colación en este momento, pues, constituye un claro ejemplo de que para el Tribunal Supremo la intimidad informacional, o, lo que es lo mismo, el derecho a la protección de datos, extiende su ámbito de protección a cualquier dato que sea relevante o tenga incidencia en el ejercicio de cualquier derecho de la personalidad, independientemente de que incida o no en la intimidad personal y familiar.

6. Acerca del diferente grado de protección que se predica de los espacios íntimos y los privados véase CABEZUDO BAJO, M.J., *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004, p. 109.

cación del contenido del art. 18.4 CE. Así, puede afirmarse que el contenido del mismo es más amplio que el del derecho a la intimidad, pues presenta una doble dimensión; la primera de ellas, de carácter instrumental, constituye un instituto de garantía de otros derechos fundamentales; la segunda de ellas, de carácter autónomo, consagra un derecho fundamental diferenciado de cualquier otro de los reconocidos en el texto constitucional consistente en la atribución a los individuos de una facultad propia de control del flujo de información concerniente a su persona[7]. Así, en palabras del Tribunal Constitucional, «*el derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva del art. 18.4 CE y consagra "en sí mismo un derecho o libertad fundamental" que "excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención*"»[8].

Desde el punto de vista legislativo, la normativa referente a la protección de datos se caracteriza por un desarrollo tardío. Desde la entrada en vigor de la CE hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LORTAD) transcurre más de una década durante la cual los avances en el ámbito de la protección de datos son prácticamente inexistentes. Finalmente, en 1992, y con el objeto de adaptar nues tro régimen interno a las normas internacionales[9], se aprueba la referida norma y se dota de contenido legal al derecho fundamental reconocido en el art. 18.4 CE.

La ley, circunscribía su ámbito de aplicación a los datos de carácter personal contenido en ficheros automatizados —art. 2—, ya que la finalidad que perseguía era garantizar los derechos fundamentales frente a las nuevas formas de intromisión y lesión derivadas de los avances informáticos[10]. Posteriormente, y tras siete años de vigencia, el 13 de diciembre de 1999 se aprobó la Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante, LOPD), terminando con las diferencias entre el régimen aplicable a los datos contenidos en ficheros automatizados o sujetos a procesos de automatización y los datos contenidos

7. SSTC 254/1993, de 20 de julio y 292/2000, de 30 de noviembre.

8. Por todas, STC 586/2016, de 4 de julio.

9. En la misma exposición de motivos, la LORTAD cita expresamente el Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

10. Martínez Martínez, R., *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 144.

en ficheros que no presentaban estas características[11]. De este modo, puede observarse como el alcance de la nueva ley era más amplio que recogido en la LORTAD, al eliminar cualquier referencia expresa al tratamiento automatizado de datos. Con ello se consiguió que los datos personales quedasen protegidos con independencia del tipo de fichero o tratamiento al que fueran sometidos[12]. Es más, la propia ley reconoció expresamente, como único requisito para aplicar la normativa en ella prevista, que los datos fueran susceptibles de tratamiento en el sentido de conformar un todo organizado[13]. Ello, trasladado al ámbito de la videovigilancia, permitía concluir que las grabaciones de imágenes quedaban amparadas bajo el régimen de la LOPD pues las mismas revelan información de los individuos captados por las cámaras a aquellos sujetos que las visualizan. Sin embargo, las imágenes y sonidos captados por las cámaras de videovigilancia constituyen uno de los supuestos excepcionales que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LOPD, pues, de conformidad con su art. 2.3.e), «*los datos personales así obtenidos se regirán por su normativa específica*».

En este contexto, surge la duda de cuál es el régimen aplicable a las grabaciones de videovigilancia. A continuación dicha cuestión, junto con la posible afectación al derecho a la intimidad, se analizará tomando como punto de partida los distintos tipos de videovigilancia que pueden practicarse en nuestro país.

---

11. A nivel europeo, la Directiva 95/46/CE se refería al tratamiento de datos personales sin diferenciar entre aquellos que estaban sujetos a procedimientos especiales de los que no se sometían a tales procesos. La extensión de la protección a cualquier tipo de dato, con independencia del soporte que lo contenía, se materializaba en el art. 2.b de la misma donde definía el tratamiento de datos personales como «*cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados*». Sin embargo, como señala ETXEBERRÍA GURIDI, pese a que el alcance de la protección de la Directiva no dependía de las técnicas empleadas para el registro de los datos, la propia norma, en su Considerando 15, limitaba su protección a «*los datos constituidos por imágenes y sonidos cuando estén automatizados o cuando se contengan en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trata*». Véase, ETXBERRÍA GURIDI, J. F., *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 196.

12. En este sentido, ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la LO 4/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 22, 2002, p. 153.

13. Efectivamente, ARZOZ SANTISTEBAN llega a la conclusión de que, si atendemos a la redacción del art. 2 y a las definiciones previstas en el art. 3 LOPD, el criterio decisivo para determinar el ámbito de aplicación de la Ley es el de la organización, pues, de conformidad con la misma, «por fichero debe entenderse todo conjunto organizado de datos de carácter personal cualquier que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso». ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales…», *op. cit.*, p. 151.

3. Videovigilancia y principio de proporcionalidad

3.1. Cuestiones generales

Tradicionalmente, como señala Villaverde Menéndez, las técnicas de resolución de conflictos entre derechos pueden reconducirse principalmente a dos: la de la ponderación de bienes y la de la delimitación de los derechos en presencia.

En cuanto a la primera, el Tribunal Constitucional la ha empleado de forma reiterada para resolver las colisiones entre derechos fundamentales dando valor preferente, en el caso concreto, a las expectativas de conducta que persigan el valor o interés más cualificado[14]. Para realizar esta tarea, el Tribunal Constitucional pondera y conjuga la eficacia recíproca de cada uno de los derechos, dando preeminencia al que se ajuste más al sentido que la Constitución señala[15].

Respecto a la segunda, esto es, la delimitación de los derechos en presencia —sistema utilizado en la actualidad por el Alto Tribunal— mantiene que el conflicto no se produce entre derechos o bienes jurídicos relevantes, sino entre los límites de éstos, de forma que la colisión se resuelve mediante el examen de los límites[16] de los respectivos derechos y constatando cuál de las expectativas de conducta contrapuestas gozan de protección, sin que sea necesario realizar una ponderación de los valores que encarnan.

No obstante, en ocasiones, la limitación de los derechos fundamentales admite distintos grados de intensidad, circunstancia que obliga a acudir a medios específicos para asegurar la adecuación de la fuerza con la que se restringen. Es aquí donde se encuadra la eficacia del principio de proporcionalidad, en cuanto mecanismo básico que permite garantizar la actuación legítima del poder público al evitar que vulnere el contenido esencial de un derecho fundamental[17] mediante la aplicación de un límite excesivo cuando existieren otros menos gravosos que permitan alcanzar el mismo objetivo. Sin embargo, para poder entrar en el análisis de la proporcionalidad de una medida limitativa de un derecho fundamental es preciso comprobar, con carácter previo, si cumple con los siguientes requisitos: a) la existencia de un fin constitucionalmente legíti-

---

14. Villaverde Menéndez, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en Bastida Freijedo, F.J. (Dir.), *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 142.

15. STC 320/1994, de 28 de noviembre.

16. Para desarrollar esta tarea resulta imprescindible que previamente se haya fijado el ámbito de protección del derecho fundamental mediante su delimitación. Villaverde Menéndez, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en Bastida Freijedo, F.J. (Dir.), *Teoría General…*, *op. cit.* p. 145.

17. En este sentido, pero encuadrado dentro del marco de la videovigilancia empresarial, Goñi Sein, J. L., *La Videovigilancia Empresarial y la Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, p. 119.

mo[18]; b) la existencia, como regla general, de una resolución judicial motivada, si bien, en el caso de la videovigilancia en lugares públicos, la falta de reserva constitucional a favor del juez, permite a la Ley autorizar a la policía para el desarrollo de tales actuaciones; y, junto con este requisito, el de legalidad, es decir, que la limitación se encuentre legalmente prevista. Una vez comprobados tales extremos es cuando se procede a analizar las tres manifestaciones del referido principio[19], esto es: 1) el juicio de idoneidad, es decir, si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; 2) el juicio de necesidad es decir, si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y 3) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, a saber, si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto[20].

Tomando, pues, como punto de partida la afirmación de que la toma de imágenes no es una actividad neutra, sino que, por el contrario, puede afectar en distintos grados al derecho fundamental a la intimidad, a continuación, se procede a examinar la legitimidad de las instalaciones de videovigilancia, atendiendo a los lugares dónde graben las videocámaras.

3.2. Instalaciones de videocámaras en lugares públicos

3.2.1. Legalidad

La legalidad de las instalaciones de videocámaras en lugares públicos[21] para prevenir actuaciones delictivas y el posterior tratamiento de las imágenes captadas, no plantea problema desde el punto de vista del derecho a la intimidad, en la medida en que su legitimidad se encuentra legalmente prevista en la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (en adelante, LOV) y en su Reglamento de Desarrollo, aprobado por el RD 596/1999, de 16 de abril (en lo sucesivo, RLOV). La videovigilancia a la que se refieren ambas normas es la que se practica, como ya se ha adelantado, con finalidades preventivas, es decir,

---

18. El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que reviste la naturaleza de fin constitucionalmente legítimo la investigación y la prevención de los delitos, pues a través de tales actuaciones se protegen la paz social y la seguridad ciudadana, bienes dignos de protección, reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la CE. SSTC 127/2000, de 16 de mayo y 292/2000, de 30 de noviembre.

19. STC 70/2002, de 3 de abril.

20. STC 89/2006, de 27 de marzo.

21. Por lugar público debe entenderse aquel espacio continuamente libre, de hecho o de derecho, a todos o a un número indeterminado de personas. Véase, ROMERO COLOMA, A. M., *La intimidad privada: problemática jurídica*, Reus, Madrid, 2008, p. 111.

con el fin de conseguir el disfrute pacífico de los espacios públicos mediante la prevención de los delitos e infracciones relacionadas con la seguridad pública[22]. Al objeto de alcanzar tales fines, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están legalmente habilitadas para instalar dos tipos de videocámaras, fijas o móviles. Las primeras, podrán instalarse cuando, de conformidad con el art. 6 LOV, exista un riesgo razonable para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, mientras que las segundas, podrán instalarse y utilizarse cuando se produzca una situación de peligro concreto. Junto con tales criterios, ubicados dentro de los principios de utilización de las videocámaras, encontramos los denominados principios de autorización, según los cuales, las instalaciones fijas de videocámaras podrán autorizarse cuando el objetivo perseguido sea asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos, salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes —art. 4 LOV—. Por su parte, las instalaciones móviles podrán autorizarse, en aquellos emplazamientos en los que ya se estén utilizando videocámaras fijas, cuando ello sea necesario para «*el mejor cumplimiento de los fines previstos en la ley*», y, de forma autónoma respecto a las fijas siempre que existan eventuales hechos que así lo aconsejen y respetando, en cualquiera de los casos, el principio de proporcionalidad (principio que también exige el ya mencionado art. 4 cuando se refiere a las instalaciones fijas) —art. 5 LOV—.

Por tanto, en tales supuestos contamos con la habilitación legal exigida para la imposición de límites externos.

No obstante, en mi opinión, el régimen legal contemplado en la LOV demuestra que el derecho a la intimidad no se encuentra vinculado con la idea de un espacio físico concreto, pese a que esta sea la perspectiva que durante muchos años ha mantenido el legislador, en la medida en que se prevé la figura de la Comisión de Garantías de la Videovigilancia en cuanto órgano encargado de velar por el correcto uso de las videocámaras instaladas con finalidades preventivas. Y es que considero que si no hubiese posibilidad alguna de afectar en los lugares públicos al derecho fundamental a la intimidad la previsión de un órgano de control de este tipo sería absolutamente innecesaria[23].

---

22. En este sentido, Velasco Núñez, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 161-162 y Montero Aroca, J., *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 177.

23. En el caso de las videocámaras fijas, su instalación precisa de la autorización del Delegado del Gobierno, previo informe favorable emitido por la Comisión de Garantías de la Videovigilancia de la Comunidad Autónoma correspondiente. Dicho informe será vinculante cuando la Comisión considere que la instalación de las cámaras supone una vulneración de los criterios establecidos en el artículo 4 LOV —asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas, salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional, constatar infracciones a la seguridad ciudadana y prevenir la causación de daños a las personas y bienes. La intervención preceptiva de este órgano contribuye a dar cumplimiento al deber de motivación reforzada y garantizar que la actividad desplegada por las Fuerzas y Cuerpos

En cualquier caso, la legalidad de las instalaciones de videocámaras en lugares públicos[24], para prevenir actuaciones delictivas y el posterior tratamiento de las imágenes captadas, no plantea problema desde el punto de vista del derecho a la intimidad, en la medida en que su legitimidad se encuentra, como se ha tenido ocasión de ver con anterioridad, legalmente prevista en la LOV y en el RD 596/1999. Por tanto, en tales supuestos contamos con la habilitación legal exigida para la imposición de límites externos.

El problema se venía planteando en el supuesto de utilización de videocámaras en lugares públicos como medio de investigación de los delitos, es decir, cuando su finalidad es la de incorporar imágenes al proceso penal, como material probatorio, para demostrar o descartar la autoría o participación en unos determinados hechos, aparentemente constitutivos de delito. En este marco, la principal cuestión que suscitaba dudas acerca de la posible vulneración del derecho a la intimidad, residía en que los agentes de policía actúan, en multitud ocasiones, sin previa autorización judicial, pues, al no existir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECrim), hasta fechas muy recientes, una regulación expresa del régimen jurídico de la videovigilancia, se tomaban como base los arts. 282 y 327 de dicha norma relativos a las diligencias de investigación[25], de donde podía deducirse la posibilidad de emplear en el proceso penal este medio técnico.

Ante la carencia de un régimen normativo donde se recogiese el desarrollo de la videovigilancia como acto de investigación, ciertos autores[26] sostenían la imposibilidad de efectuar este tipo de diligencia sin la previa autorización judicial por cuanto, a su juicio, en los lugares públicos también se proyecta la intimidad[27].

---

de Seguridad se ajusta a la legalidad. En el caso de videocámaras móviles, el conocimiento de la Comisión es a posteriori, y, a pesar de que los mecanismos de reproducción de la imagen puedan instalarse con carácter previo a la emisión de su informe, éste tiene carácter vinculante si es negativo, de manera que la autorización queda revocada en las imágenes ya captadas que, ante dicha circunstancia deben ser destruidas. Véase BASTIDA FREIJEDO, F.J., «Los límites a los derechos fundamentales», en BASTIDA FREIJEDO, F. J. (Dir.), *Teoría General…*, *op. cit.*, p. 126.

24. Por lugar público debe entenderse aquel espacio continuamente libre, de hecho o de derecho, a todos o a un número indeterminado de personas. Véase, ROMERO COLOMA, A. M., *La intimidad privada… op. cit.*, p. 111.

25. VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través…*, *op. cit.*, p. 163.

26. Esta es la postura defendida, entre otros, por MARTÍNEZ RUÍZ y GARCÍA DE GABIOLA para quienes la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solo puede ser autorizada mediante auto motivado, dentro de un proceso penal en curso, en función de una previa base indiciaria, o cuando el interés que entre en conflicto pueda reputarse un interés preponderante desde la perspectiva del derecho a la intimidad. MARTÍNEZ RUÍZ, J., *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 35-36; GARCÍA DE GABIOLA, J., «Cámaras ocultas: el derecho a la información vs los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *E&J*, 2003, pp. 38-39.

27. En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Toledo en su sentencia de 1 de junio de 1998, donde declara la nulidad de unas grabaciones efectuadas por la policía en las cuales se apreciaba como los tres acusados fumaban sustancias prohibidas, a pesar de que los hechos se desarrollaban en un parque público. En este sentido, el Tribunal entendió que «la *elección del lugar de reunión no es, evidentemente, arbitraria, pues responde al*

En cambio, en opinión de otros autores, entre los que se encuentran Choclán Montalvo y Senés Motilla[28], los agentes de policía podían captar imágenes, en el desarrollo de una investigación, sin previa autorización judicial. Para justificar tal afirmación, estos autores realizan una gradación del derecho a la intimidad, basada en una distinción entre la intimidad *stricto sensu* y la privacidad. Así, reconocen la posibilidad de que en ciertos lugares públicos existan manifestaciones de la vida privada de las personas, no así intimidad. De este modo, la barrera de protección sería inferior a la predicable de la intimidad[29], pudiendo introducirse, en estos espacios, distintos grados de protección dependiendo de si en ese concreto lugar concurren, o no, expectativas de privacidad.

En mi opinión, esta última postura, que como es evidente parte de la teoría de las esferas, resulta más plausible al objeto de alcanzar un equilibrio entre el derecho a la intimidad y otros derechos igualmente relevantes, como la seguridad, y ello por varias razones. En primer lugar, y como afirman Choclán Montalvo y Senés Motilla, es preciso realizar una diferenciación entre la intimidad y la privacidad, es decir, ha de tenerse presente la concepción material de la intimidad. Es cierto que en el momento actual la intimidad no puede configurarse al margen de la concepción subjetivista, pues, efectivamente, es el propio individuo y la sociedad en su conjunto quienes determinan y delimitan los ámbitos de la intimidad. Pero también es cierto que a esta aproximación subjetiva debe realizarse una aproximación material que delimite los potenciales excesos de la soberanía personal, pues, como sostiene Fernández López, resulta imprescindible «*distinguir ámbitos de proximidad mayor o menor de las pretendidas intromisiones al núcleo de reserva de la persona, para afirmar en proporción inversa la rigidez y la fuerza de sus exigencias de reserva*»[30].

Es más, el propio Tribunal Constitucional reconoce la diferenciación entre intimidad y privacidad y sus distintos niveles de protección al destacar que en nuestra Constitución no existe un «*derecho fundamental a la privacidad*»[31] en

---

propósito de esas personas de excluir la presencia de otros sujetos y reservar su compañía y el contenido de sus conversaciones (…)» (SAP de Toledo 32/1998, de 1 de junio).

28. Véase Choclán Montalvo, J. A., «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», *Poder Judicial*, número 38, 1997, p. 62; Senés Motilla, C., «Cámaras de control y filmación de las vías públicas, en redadas y controles policiales», en Velasco Núñez, E. (Dir.), *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, número 12, Madrid, 1996, p. 279.

29. Choclán Montalvo, J.A., «La prueba videográfica…», *op. cit.*, p. 62; Senés Motilla, C., «Cámaras de control…», *op. cit.*, p. 279.

30. Fernández López, M. F. «La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo», en Casas Baamonde, M. E., Cruz Villalón, J. y Durán López, F. (Coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, p. 5.

31. Así, para el referido Tribunal, el reconocimiento de un «derecho a la privacidad» procede del mundo anglosajón, y, en especial, del Derecho de los Estados Unidos de América. Sin embargo, el mismo no puede identificarse por completo por el concepto de «intimidad» recogido en nuestro art. 18 CE. Véase, STC 150/2011, de 29 de septiembre.

sentido amplio, sino unos muy concretos derechos de objeto más delimitado sobre ámbitos precisos de esa privacidad —art. 18—.

En segundo lugar, nos encontramos ante ámbitos de protección variables en el lugar y en el tiempo, de forma que la autoridad judicial puede determinarlos cuando éstos no se hallen previstos en la ley, confiriendo al juez cierto margen de discrecionalidad que le permite decidir qué conductas son legítimas con base en la mutabilidad del contenido mínimo del derecho a la intimidad[32].

A estos argumentos hay que añadir que el Tribunal Supremo[33] ha perfilado el régimen jurídico de la videovigilancia en lugares públicos como medio de investigación tomando como base el derecho a la seguridad y la especial función que llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el desarrollo de las investigaciones penales.

De este modo, puede afirmarse que la LECrim permitía la instalación de cámaras en lugares públicos con esta finalidad pese a carecer de un régimen legal expreso. Así, el art. 282 LECrim establece como obligaciones de la Policía Judicial tanto la de la averiguación de los delitos que se cometan en su territorio o demarcación, como la de practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito. Del mismo modo, el art. 11.1 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en lo sucesivo LOFCSE), establece como funciones de éstos las de prevenir la comisión de actos delictivos y la de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables. Por último, el art. 14 LO 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana (en adelante LOSC) permite a las autoridades competentes disponer las actuaciones estrictamente necesarias para, entre otras finalidades, la prevención de los delitos.

Tomando como punto de partida la normativa que se menciona en el párrafo anterior, el Tribunal Supremo ha reiterado la legitimidad de la actuación policial, y la validez de las imágenes captadas en el marco de una investigación, sin

---

32. Serra Uribe, C. E., *Derecho a la intimidad*…, *op. cit.* pp. 45-46.

33. Como reseña la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia 1733/2002, de 14 de octubre, en el desarrollo de las tareas de investigación de todo hecho delictivo los funcionarios de policía pueden realizar «*labores de vigilancia observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permiten constatar la realidad sospecha de que sean aptos para perfilar construir material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia de la autoridad judicial. Para desarrollar dichas tareas no están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes siempre que se limite a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad*» (STS, Sala de lo Penal, 1733/2002, de 14 de octubre).

necesidad de previa autorización judicial, en la medida en que los vídeos no suponen una prueba distinta de la percepción visual, pues, la grabación se limita a perpetuar lo percibido de modo directo por una o varias personas[34]. En consecuencia, la captación de manera encubierta, en general, de imágenes sospechosas de personas en la vía pública, en los momentos en los que se sospecha fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo, son plenamente válidas[35].

Sin embargo, con independencia de la legitimidad con la que actúan los jueces y tribunales en la fijación de los límites internos de los derechos fundamentales, lo cierto es que era necesario concretar los requisitos para adoptar este tipo de medida a través de su desarrollo legislativo debido a que la previsión legal es siempre garantía de seguridad jurídica y de certeza para los hipotéticos destinatarios de las medidas[36].

Y es que, como se acaba de adelantar, en el ámbito del proceso penal, y, en consecuencia, de la investigación de los delitos, el problema que hasta fechas muy recientes ha venido planteando la videovigilancia es que la LECrim no cumplía con los requisitos que debe reunir toda norma legal habilitante. Esto es, nada decía la ley acerca de cómo se debía proceder para el correcto desarrollo de dicha diligencia de investigación. Esta circunstancia ha sido criticada por un amplio sector doctrinal entre los que se encuentran Suárez-Quiñones y Pedraz Penalva, quienes denuncian que la anomia legislativa que hemos sufrido durante todos estos años respecto a la videovigilancia y otras diligencias de investigación ha propiciado que la autoridad judicial deba adoptar un papel que no le corresponde y que ciertamente excede de las funciones que tienen atribuidas[37]. No obstante, en opinión del Tribunal Supremo, la falta de concreción normativa no tiene la fuerza necesaria para inhabilitar un acto de investigación carente de régimen legal específico siempre y cuando el órgano encargado de aplicarla haya seguido los requisitos establecidos jurisprudencialmente, por lo que puede afirmarse que la legitimidad de la videovigilancia quedaba

34. STS, Sala de lo Penal, 620/1997, de 5 de mayo.

35. Así, el Tribunal Supremo defiende la licitud de la actuación policial siempre que las imágenes se capten en lugares que no tengan la consideración de domicilio o lugares privados, o los considerados como tales, como por ejemplo los espacios reservados de los aseos públicos. En todos estos casos será preciso la obtención de la previa autorización judicial. STS 353/1996, de 19 de abril; STS 28/2007, de 11 de enero; STS 597/2010, de 2 de junio; STS 819/1996, de 5 de noviembre; STS 293/2007, de 10 de abril; STS 129/2014, de 26 de febrero y 272/2017, de 18 de abril todas ellas de la Sala de lo Penal.

36. En este sentido, SSTC 22/1984, de 17 de febrero y 49/1999, de 5 de abril.

37. En este sentido, Suárez-Quiñones y Fernández, J. C., «Las videograbaciones como prueba en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, número 2024, p. 8 y Pedraz Penalva, E., «La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva», en Pedraz Penalva, E. (Coord.), *Protección de datos y proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 38-39.

garantizada a través de la correcta aplicación del art. 282 LECrim y de los principios jurisprudenciales que regían su actuación[38].

En este contexto, el uso cada vez más generalizado de este tipo de mecanismos de videograbación ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer un régimen legal expreso que, precisamente, evite que el Poder Judicial se extralimite en sus funciones, al tener que suplir mediante la jurisprudencia el vacío normativo que existía en torno a las modernas técnicas de investigación del delito. Con tal objeto, la reforma de la LECrim operada por la LO 13/2015 reconoce la insuficiencia de su propio cuadro normativo y recoge, por primera vez y de forma expresa, los medios de investigación tecnológicos. Para ello dedica el Capítulo IV a recoger las «disposiciones comunes» a todos los medios de investigación para, posteriormente, abordarlos de forma individualizada.

En lo que concierne a los sistemas de captación de la imagen, podemos distinguir, a grandes rasgos, entre una «videovigilancia autónoma» y una «videovigilancia complementaria». En el primero de los supuestos mencionados, los funcionarios de Policía Judicial podrán llevarla a cabo siempre que la captación de la imagen transcurra en un lugar o espacio público y, además, siempre que ello sea necesario para facilitar la identificación del investigado, localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Para desarrollar esta diligencia la Policía Judicial no precisará de autorización judicial, pues, como pone de manifiesto el legislador en el Preámbulo, al tratarse de un espacio o lugar público no se produce afectación alguna del derecho a la intimidad del artículo 18 CE[39] —artículo 588 quinquies a LECrim—. En el segundo supuesto, esto es, en relación con la videovigilancia complementaria, la captación de la imagen es una diligencia complementaria a la captación de las comunicaciones orales. La diferencia fundamental entre ambos es que, en este último caso, la captación de la imagen es susceptible de

38. Prueba de la afirmación que se acaba de sostener es que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el enunciado vago o insuficiente de una norma no es motivo de inconstitucionalidad (STC 67/1998, de 20 de marzo).

39. El problema actual se erige en torno a determinar cuál es la frontera entre el espacio público y el privado. Así se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo 272/2017, de 18 de abril donde los recurrentes consideran que las imágenes obtenidas por la Policía Judicial fruto de una vigilancia a la que fueron sometidos son ilícitas por vulnerar el derecho del art. 18.1 y 2 CE, debido a que si bien la mayor parte de las grabaciones captan su imagen mientras se encuentran en la calle y, por lo tanto, en la vía pública, existen varias secuencias que graban cómo los investigados acceden a la puerta de entrada del edificio en el que residen. En opinión de los mismos, la vulneración de los citados derechos fundamentales se produce en ese preciso instante en el que las cámaras graban el referido acceso debido a que se trata de un ámbito protegido por el derecho a la intimidad. En respuesta a la solicitud de declaración de nulidad de la prueba el Tribunal Supremo manifiesta que en ese caso concreto no se produce vulneración de ningún derecho en la medida en que lo que se graba es el portal de la vivienda, que no la puerta de acceso al domicilio de cada uno de ellos. De este modo, en tanto en cuanto no puede accederse directamente a través de la vía pública a la vivienda particular de ambos sujetos, se trata de un lugar de acceso común del que no puede predicarse una expectativa razonable de intimidad (STS, Sala de lo Penal, 272/2017, de 18 de abril).

producir afectación tanto al derecho a la intimidad como al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, por lo que la medida sólo podrá autorizarse para la captación junto a conversaciones puntuales debiendo cesar cuando las mismas lo hagan. Se precisará, por tanto, de auto habilitante del juez de instrucción con independencia de que la captación transcurra en un lugar o espacio público o privado y sólo cuando el delito investigado esté castigado con pena límite máximo de al menos 3 años de prisión, haya sido cometido en el seno de un grupo u organización criminal o se trate de un delito de terrorismo, y, además, pueda racionalmente preverse que el uso de tales dispositivos aportarán datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos —artículos 588 quater a y b LECrim—.

En cualquier caso, considero que la principal razón que impulsó al legislador a llevar a término la reforma parcial de la LECrim no fue la de dar adecuado cumplimiento a las exigencias derivadas del art. 53.2 CE y de las referidas consideraciones en torno a la concepción de intimidad, sino que es consecuencia directa del pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en la sentencia 125/2014, de 22 de septiembre, donde el mismo concluye que la instalación de dispositivos de grabación del sonido en dependencias privadas no puede basarse en meras referencias a poderes generales de la policía para recopilar y almacenar evidencias[40], esto es, en el art. 282 LECrim, sino que debía contarse con una normativa donde expresamente se regulase tal posibilidad.

3.2.2. La observancia del principio de proporcionalidad

En relación con las tres manifestaciones del principio de proporcionalidad mencionadas, ha de analizarse el contenido propio de cada una de ellas en orden a la determinación de las exigencias que deben ser observadas para que una medida pueda considerarse idónea, necesaria y proporcionada.

Respecto al juicio de idoneidad, entiende González-Cuellar Serrano que el mismo requiere de una adecuación cualitativa y cuantitativa de la medida, así como la adecuación en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación[41]. En su opinión, cuando lo que se trata es de determinar desde el punto de vista cualitativo la adecuación de la medida limitativa de derechos fundamentales, ha de atenderse a la propia naturaleza de la misma, «*sin que sea suficiente que la medida sea cualitativamente adecuada desde una perspectiva abstracta*»[42], de-

40. En definitiva, la citada sentencia prohibió continuar practicando diligencias de investigación limitadoras de derechos fundamentales que no contasen con un régimen jurídico adecuado y completo (STC 125/2014, de 22 de septiembre).

41. González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso pena*l, Colex, Madrid, 1990, p. 160.

42. González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, p. 160

biendo, por tanto, analizarse desde el caso concreto; es decir que «debe atenderse a la aptitud de la medida para la consecución del fin dentro de un supuesto determinado»[43]. Por su parte, la adecuación cuantitativa se refiere a la necesidad de ajustar la medida limitativa del derecho fundamental a una duración y una intensidad coherente con la propia finalidad que se pretende alcanzar[44]. Por último, la adecuación en la determinación del ámbito subjetivo al que resulte de aplicación la medida limitativa de derechos fundamentales se refiere a la previa individualización de los sujetos afectados por ésta. En los casos en los que la limitación provenga de un acto de investigación, se precisará, por tanto, la valoración del grado de imputación y de las circunstancias que indiquen el grado de probabilidad de éxito de la investigación[45].

En cuanto al juicio de necesidad, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO lo configura como un subprincipio derivado del principio constitucional de prohibición de exceso que obliga a los órganos del Estado a elegir, de entre todas las medidas aptas para satisfacer el fin perseguido, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los individuos[46]. La característica fundamental del principio de necesidad, según éste autor, radica en que para poder realizar un juicio comparativo que nos permita determinar cuál de todas las alternativas disponibles es la menos lesiva para los derechos individuales, es preciso, previamente, haber proclamado la legitimidad del fin perseguido y la idoneidad de la medida para alcanzar dicho fin[47].

Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige realizar una comparativa entre la relevancia de los derechos fundamentales limitados y el interés en la persecución penal de la conducta que se trate[48]. En opinión de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, para desarrollar dicha tarea existen una serie de criterios de medición que han de ser observados: el primero de ellos es el conocido como «consecuencia jurídica» y se refiere a la necesidad de considerar la necesidad de considerar la gravedad de la pena derivada de la conducta delictiva; el segundo instrumento de medición es el de «la importancia de la causa» que, a su vez, se descompone en múltiples factores, a saber, la grave-

---

43. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, pp. 160-161.

44. Así, la propia LECrim, en arts. como el 574, relativo a la entrada y registro domiciliario permite recoger «los instrumentos y efectos del delito»; por su parte, el art. 579.3, referido a la intervención de las comunicaciones, establece un límite máximo (de duración de la misma) de tres meses. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, pp. 172-173.

45. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, pp. 179-185.

46. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, pp. 189-193.

47. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, pp. 189-199.

48. En este sentido, ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 123 y GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 134.

dad del hecho, el peligro de reiteración de hechos análogos, etc.[49]; el tercer instrumento sería el ya mencionado «grado de imputación» y el último el del «éxito previsible de la medida»[50].

Por último, es preciso insistir en el hecho de que el juicio de proporcionalidad, en sus tres manifestaciones, debe realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pues, en cualquier caso, instalar cámaras con fines preventivos en lugares públicos implica valorar una serie de elementos distintos a los que han de considerarse cuando se trata del empleo de videocámaras en lugares privados o en el marco de una investigación[51].

Así pues, cuando se trata de videocámaras instaladas en lugares públicos con fines preventivos, el art. 6 LOV exige que se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad como criterio garantizador de la legitimidad de la utilización. Cuando se trate d instalaciones fijas será preciso que concurra un «riesgo razonable», como por ejemplo, un incremento de los niveles de delincuencia en un núcleo concreto de una población, y, en el caso de las videocámaras móviles, será imprescindible que se produzca un «peligro concreto», como puede ser una alteración concreta del orden público.

El cumplimiento de los subprincipios de idoneidad y necesidad se puede comprobar atendiendo al grado de peligrosidad de la situación concreta objeto de observación y, además, cuando no sea posible obtener idénticos resultados mediante otro mecanismo menos gravoso. En este sentido, puede afirmarse que el uso de dispositivos de captación de la imagen permite una identificación altamente precisa de los sujetos que con ellas se captan por lo que en muchos casos será un mecanismo más idóneo que la simple vigilancia policial del sospechoso.

---

49. Sostiene González-Cuellar Serrano que en este punto, y, siguiendo a la doctrina alemana, «*el criterio de la importancia de la causa podría completar el criterio de la consecuencia jurídica si a través de él se valoran circunstancias como la naturaleza pública, semipública o privada del delito, el carácter de la pena a imponer o las circunstancias que no puedan ser apreciadas desde el criterio de la consecuencia jurídica pero que indiquen un mayor o menor interés en la persecución penal*». González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, p 258.

50. En este caso, se trata de un indicador que puede ser doblemente utilizado, por una parte, para efectuar el juicio de idoneidad, pues, como se ha visto con carácter previo, la idoneidad debe ser, asimismo, cualitativa, lo cual se traduce en la exigencia de realizar un análisis de eficacia en el caso concreto y, por otra parte, la utilización de este criterio en el ámbito de la ponderación de valores permite exigir un mayor rigor en la imposición de restricciones. González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y…*, *op. cit.*, pp. 272-273.

51. Respecto a dicha cuestión, señala el Tribunal Supremo que la videovigilancia a la que se refiere la LOV se ocupa de la prevención de los actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro y en espacios públicos. Por ello se sanciona el empleo de sistemas de grabación de la imagen y el sonido cuando su finalidad es, atendiendo al principio de proporcionalidad, incrementar el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas. Precisamente por este motivo, el legislador prevé un sistema de autorización previa para la instalación de tales sistemas, basado en el referido principio, para el caso de las cámaras fijas, y un sistema de control a posteriori, por el órgano designado al efecto, quien asimismo analizará la proporcionalidad de la medida, para el caso de las móviles. STS, Sala de lo Penal, 597/2010, de 2 de junio.

En el contexto de las videocámaras utilizadas en el marco de la investigación de los delitos, debe destacarse que el propio Preámbulo de la LO 13/2015 establece que para que las medidas de investigación tecnológicas alcancen plena validez y se consideren correctamente adoptadas deben satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Por su parte, el art. 588 bis a), relativo a las disposiciones comunes a los medios de investigación tecnológicos, contiene los principios rectores de las mismas y establece que:

1. «*Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.*
2. *El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva*[52].
3. *El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.*
4. *En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:*
   a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o
   b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.
5. *Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ám-*

52. El informe del Consejo Fiscal se mostró favorable a la inclusión de este principio en la redacción del Anteproyecto de la LECrim de 2014 considerando que, además de las investigaciones prospectivas, el principio de especialidad excluía asimismo las hipótesis subjetivas y las meras suposiciones o conjeturas. De conformidad con el citado Informe, su postura venía avalada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional señalando, entre otras, sentencias como la 26/2000, de 27 abril; 5/2010, de 7 abril o 197/2009, de 28 septiembre.

bito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho».

En suma, el uso de videocámaras por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se considerará una medida proporcionada siempre que con ellas se pretenda facilitar la investigación del sospechoso, localizar instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para la investigación —art. 588 quinquies a) LECrim—[53].

Igualmente, la videovigilancia es un medio idóneo para identificar y posteriormente ratificar la identidad de los sujetos investigados[54] pues al tratarse de un artefacto técnico dotado de memoria, permite almacenar las grabaciones posibilitando así trabajar sobre ellas y realizar estudios comparativos con otras imágenes que se tengan del investigado. Igualmente, la videovigilancia puede ser un medio idóneo, necesario y adecuado para obtener un visión completa del *iter* delictivo; así, dependiendo del alcance de la cámara en cuestión, es posible obtener una panorámica general de un espacio amplio que capte la escena en su totalidad, posibilitando a la autoridad judicial tener un conocimiento amplio y directo de lo acaecido durante una secuencia de tiempo determinada[55]. Por esta razón, debe señalarse lo peligroso que puede resultar no aportar la totalidad de la grabación pues este tipo de prácticas pueden descontextualizar las imágenes y aportar una visión que no se corresponda con la realidad de lo acaecido. Es por ello que considero que, si bien la Policía Judicial, en los casos en los que aporten grabaciones con una duración muy extensa puede realizar una previa selección de las secuencias, es imprescindible que junto a las mismas aporte los CDs, DVDs, pen drives, etc. donde se contengan las grabaciones en su totalidad con el fin de que la autoridad judicial pueda comprobarlas si lo estima pertinente o si así lo solicita alguna de las partes[56].

Asimismo, tanto la propia LECrim como la jurisprudencia del Tribunal Supremo[57] vienen declarando la licitud y la proporcionalidad de la grabación de la

---

53. STS, Sala de lo Penal, 67/2014, de 28 de enero.

54. STS, Sala de lo Penal, 485/2013, de 5 de junio.

55. SAP, Sección Segunda, Tarragona 257/2015, de 27 de julio.

56. Efectivamente, la aportación al proceso de imágenes descontextualizadas o de fotogramas aleatorios extraídos de la grabación pueden desnaturalizar el relato llevando al observador a error con suma facilidad. En este sentido, SSTS, Sala de lo Penal, 299/2006, de 17 marzo y 485/2013, de 5 junio.

57. En la ya referida sentencia del Tribunal Supremo 272/2017, de 18 de abril, los recurrentes alegan que uno de los coacusados no era sospechoso, en el momento en el que se comenzó con las videovigilancias, de ningún delito contra la propiedad, por lo que la filmación en torno a su persona y a las entradas y salidas de su portal carecían de justificación. Sin embargo, para el Tribunal Supremo estas grabaciones se encuentran plenamente justificadas y son totalmente proporcionales debido a que el art. 588 quinquies a) —apartado 2— permite la grabación de terceros en los supuestos citados supra y, a que en el caso concreto que nos ocupa «*la investigación policial venía llevándose a efecto desde antes de las fechas señaladas, aunque en relación con cada uno de los hechos denunciados instruidos en distin-*

imagen de terceras personas «*siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación*» —art. 588 quinquies a) LECrim—.

3.3. Instalaciones de videocámaras en lugares privados

En el caso de la instalación de equipos técnicos de filmación en lugares privados ha de distinguirse, al igual que sucede con los lugares públicos, entre videovigilancia a modo de prevención y videovigilancia en el marco de una investigación.

3.3.1. Principio de legalidad

Por cuanto hace al principio de legalidad, en el primer supuesto, esto es, la videovigilancia con carácter preventivo, rigen, las disposiciones de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada de Seguridad Privada (en adelante LSP), cuyo objeto es regular la prestación, por personas privadas, físicas o jurídicas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas y bienes que tendrán la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública. Tales servicios se prestan en establecimientos abiertos al público, de forma que las imágenes captadas serán legítimas siempre y cuando no invadan espacios considerados privados[58]. Sin embargo, nada impide que un establecimiento privado dote a sus instalaciones con mecanismos de captación de imágenes, con el fin de salvaguardar su propia seguridad y de forma preventiva, siempre que las videocámaras se instalen en zonas comunes. Y ello con independencia de que, una vez en funcionamiento, esas cámaras graben imágenes susceptibles de ser objeto de una posterior investigación policial[59].

---

tos juzgados, hasta que a partir de dicho momento aquélla alcanza a la posible existencia de una organización o grupo criminal (…) *como es el caso de los datos expuestos por la Audiencia Provincial, en el entendimiento de que cuando se habla de indicios no se está refiriendo el precepto a hechos concluyentes y mucho menos a verdaderos actos de prueba sino a sospechas que tienen una mínima corroboración objetiva*».

58. En este sentido, ATS 28/2007, de 11 de enero.

59. En relación con esta materia, el Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación fundado en la vulneración, entre otros, del derecho contenido en el art. 18.1 CE y 11.1 LOPJ por instalar videocámaras en una estación de servicio sin hacerse al amparo de la LOV. Alega el referido Tribunal que la instalación de videocámaras por una empresa privada tiene como finalidad mejorar su servicio y asegurar los riesgos de su prestación. Desde esta finalidad, la grabación recogió los suministros del servicio y permitió la identificación de quien utilizaba una tarjeta de forma ilegal. En la medida en que su instalación no fue un acto policial dirigido a la prevención del delito, sino que fue propio de una actividad mercantil y privada, las filmaciones recogidas se rigen por las disposiciones de la normativa de seguridad privada. STS 1631/2003, de 5 de diciembre.

En concreto, del tenor literal del art. 42 LSP puede afirmarse que será posible instalar videocámaras en los mencionados lugares cuando la finalidad de estos servicios sea prevenir infracciones y evitar daños a las personas o bienes objeto de protección, o impedir accesos no autorizados. En todo caso, deberán ser prestados por vigilantes de seguridad o por guardas rurales, ratificando así el régimen que diferencia entre instalación y mantenimiento de aparatos conectados a centrales receptoras de alarmas a centros de control o a centros de videovigilancia, de aquellos en los que no concurren dichas circunstancias. El mencionado artículo aclara que no tiene la consideración de servicios de videovigilancia el uso de cámaras o videocámaras destinadas a comprobar el estado de instalaciones o bienes, así como el control de accesos a aparcamientos y garajes pudiendo, en consecuencia, desarrollar tales tareas personal distinto al de seguridad privada. En cualquier caso, deberán utilizarse paneles informativos donde se indique el área objeto de la grabación, sin necesidad de especificar el lugar concreto en el que se encuentra la cámara, con el fin de que los sujetos afectados vean cumplido su derecho a ser informados de su existencia —art. 5 LOPD—. De acuerdo con su régimen legal, las exigencias que deben cumplir las empresas de seguridad privada son dos: la primera, inscribirse en el Registro Nacional de Seguridad Privada del Ministerio del Interior —art. 1.1— y la segunda, obtener la correspondiente autorización administrativa que se suplirá por una declaración responsable cuando la empresa de seguridad pretenda dedicarse exclusivamente a la actividad de seguridad privada consistente en la instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia —art. 5.1.f) LSP—.

En torno a la necesidad, o no, de autorización judicial para la toma de imágenes en espacios privados, entendiendo por tales los «*lugares no abiertos a un uso público indiferenciado pero accesible a un grupo relativamente indeterminado de sujetos*»[60], la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene afirmando que cuando dichos espacios no estén destinados, por su naturaleza y finalidad, al ejercicio de actividades de carácter íntimo, es legítima la utilización de videocámaras para realizar vigilancias en la medida en que la intensidad de la afectación del derecho fundamental a la intimidad queda muy rebajada[61]. De hecho, la propia LSP establece que se precisará de una autorización administrativa, para la instalación, empleo y utilización de estos sistemas, que, por otro lado, no será necesaria cuando las cámaras de videovigilancia formen parte de medidas de seguridad obligatorias —como es el caso de entidades

60. STS, Sala de lo Penal, 266/2015, de 12 de mayo.

61. STS, Sala de lo Penal 266/2015, de 12 de mayo.

bancarias o lugares de depósito de joyas— o de sistemas de recepción, verificación y, en su caso, respuesta y trasmisión de alarmas —art. 42—.

Respecto a la posibilidad de utilizar videocámaras que graben en el interior de lugares privados como medio de investigación de los delitos, ha de destacarse lo permisiva que se ha venido mostrando la jurisprudencia española cuando la grabación se desarrollaba mediante cámaras ubicadas en espacios públicos pero que enfocaban lugares íntimos como el interior de domicilios. Así, el Tribunal Supremo ha entendido en algunas resoluciones que cuando las imágenes se obtienen del interior de los domicilios utilizando para ello cámaras emplazadas en la calle, únicamente se precisa autorización judicial siempre y cuando el titular de la vivienda haya adoptado alguna medida que obstaculice el conocimiento de lo que sucede en el interior del mismo, pues, de lo contrario, no es imprescindible recabar la autorización judicial[62].

Frente a esta postura se alzó un amplio sector doctrinal en cuya opinión el factor determinante debía ser el ámbito sobre el que recaía la filmación y no el espacio físico desde el que se realizaba la toma de las imágenes[63]. Entre los partidarios de esta postura se encontraba MARTÍN MORALES, en cuya opinión el derecho a la inviolabilidad domiciliaria debía comprender no sólo la protección frente a las invasiones físicas, sino también las que puedan realizarse a través de aparatos técnicos, mecánicos, etc.[64].

En la actualidad, la LECrim contempla la posibilidad de obtener imágenes a través de videocámaras instaladas en el interior de los domicilios en el art. 588 quater donde su apartado primero establece que «*Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado*». Para, a continuación, en su apartado tercero añadir que «*La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde*».

---

62. STS, Sala de lo Penal 354/2003, de 13 marzo.

63. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Akal, Madrid, 1999, p. 309; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «La prueba videográfica...», *op. cit.*, pp. 53-55 y SENÉS MONTILLA, C., «Cámaras de control…», *op. cit.*, p. 284.

64. MARTÍN MORALES, R., «El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta», *Diario La Ley*, número 6079, 2004, p. 3 y ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales…», *op. cit.*, p. 5.

Desde mi punto de vista, considero pertinente que cuando la imagen se capte de forma conjunta con las conversaciones orales deba autorizarse expresamente por el juez de instrucción. En un primer momento, podría dudarse acerca de la necesidad de autorización judicial cuando esta captación conjunta transcurra en un espacio público, en la medida en que el propio Preámbulo de la LECrim afirma que la toma de la imagen en este tipo de espacios no vulnera derecho fundamental alguno. Sin embargo, debe tenerse presente que en estos casos el elemento determinante no es el lugar físico en el que se captan dichas imágenes, sino el hecho de que al mismo tiempo se captan las conversaciones directas protegidas por el art. 18.3 CE, donde se establece la necesidad de que medie autorización judicial previa que legitime la injerencia[65]. Además, en estos casos las grabaciones no tienen un carácter general o indiscriminado, sino que se refieren a momentos puntuales muy concretos, lo cual, unido al hecho de que no solo se escucha sino que también se graba la conversación, incide en la intimidad de las personas.

3.3.2. Principio de proporcionalidad

En torno a la posibilidad de captar de forma conjunta la imagen y el sonido, debemos partir de la base de que en estos casos la videovigilancia es un acto de investigación complementario a la captación y grabación de la comunicación oral[66]. Cuando se procede a captar las conversaciones orales se afecta

---

65. En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que cuando un acto de investigación vulnere el derecho fundamental contenido en el art. 18.3 CE los requisitos que debe reunir para considerarse lícitamente adoptado son: «*1) Judicialidad de la medida. 2) Excepcionalidad de la medida. 3) Proporcionalidad de la medida. Y, evidentemente, de la nota de la judicialidad de la medida se derivan como consecuencias las siguientes: a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad. b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas. d) Al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la Policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos que deben ser facilitados por la Policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor*» (ATS 782/2017, de 27 de abril).

66. Respecto a la posibilidad de grabación de conversaciones privadas conjuntamente con la captación de la imagen, hasta el reconocimiento expreso de esta posibilidad en la LECrim, algún sector de la doctrina consideraba que el artículo 1 LOV le otorgaba cierta base normativa. Sin embargo, para otros autores, de la lectura del art. 6.5 LOV se desprende lo contrario, y lo que hace es reconocer la exclusión de esta posibilidad del ámbito de la Ley. Entre los partidarios de la primera postura encontramos a Berning Prieto, A. D., «Régimen jurídico de la videovigilancia. La captación y grabación de imágenes y sonidos con fines de investigación criminal», *Noticias Jurídicas*, mayo 2008. Veáse, www.noticias.juridicas.com/articulos/2015-Derecho-Administrativo/200805-25836974123658.html. Por su parte, entre los que discrepan de tal opinión se encuentra Velasco Núñez, E., *Delitos cometidos*..., *op. cit.*, pp. 161 y ss.

directamente al derecho fundamental contenido en el relativo al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE así como a la intimidad del art. 18.1 si el contenido de la conversación es de carácter íntimo. Por esta razón, las exigencias que deben satisfacerse para considerar proporcionada la medida vienen referidas a la «diligencia principal» en el supuesto de que se desarrolle en un lugar público y a ambos tipos de diligencias en el caso de que transcurra en un lugar privado como el domicilio. Así, junto a las exigencias ya mencionadas y contenidas en el art. 588 bis a) de la LECrim, deben examinarse los presupuestos a los que se refiere el art. 588 quater b), relativo a la «captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos». De conformidad con el mencionado precepto, el uso de este tipo de dispositivos queda limitado a encuentros concretos y puntuales del investigado con otras personas siempre que con carácter previo la investigación haya puesto de manifiesto indicios suficientes acerca de la previsibilidad de tales encuentros. Además, sólo podrán autorizarse cuando los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de delitos dolosos castigados con penas cuyo límite máximo sea de, al menos, tres años de prisión; cuando se trate de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o cuando constituyan delitos de terrorismo y pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor. Y es que se trata de una diligencia de investigación que afecta de forma directa y grave a la intimidad, por lo que sólo puede encontrar su justificación cuando lo que se persigue es un delito grave. Precisamente, tal y como se desprende de las diferentes sesiones celebradas hasta su aprobación, esta es una de las cuestiones más controvertidas y debatidas durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados. Así, durante los debates parlamentarios, fueron varios los Grupos que presentaron enmiendas dirigidas a que, con carácter general, se suprimiese la posibilidad de grabar la imagen y el sonido en el interior de los domicilios[67] por tratarse de una medida desproporcionada que atentaba gravemente contra el art. 18 CE.

A pesar de la insistencia de los distintos Grupos dicho precepto no fue finalmente eliminado al considerarse que su redacción sí respetaba el art. 18 CE[68]. Y es que, como afirmó GIMENO SENDRA en su comparecencia, debemos partir de la base de que en España el concepto de intimidad que se predica es mucho más reducido que el utilizado en los países anglosajones, pues nuestra jurisprudencia, a diferencia la jurisprudencia de países como Alemania, sí distingue

67. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados celebrada el martes 2 de junio de 2015, sesión número 50, intervención del señor DE LA ROCHA RUBÍ en representación del Grupo Socialista.

68. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados celebrada el jueves 11 de junio de 2015, sesión plenaria número 270, intervención del señor DE LA ROCHA RUBÍ en representación del Grupo Socialista.

entre la intimidad y la privacidad y es, precisamente, el reconocimiento de esa diferencia entre ambas lo que permite regular la instalación de aparatos de escucha y grabación en ámbitos que en otros países, donde existe una concepción más estricta que impide entenderla como lo hace nuestra legislación no estaría permitido, pues, para ello, sería imprescindible realizar con carácter previo, una profunda reforma de múltiples preceptos legales[69].

Por otra parte, una de las cuestiones que centró el objeto de los debates parlamentarios a lo largo de las distintas sesiones que se desarrollaron con el objeto de aprobar definitivamente la LO 13/2015, fue la de los delitos a los que pueden aplicarse este tipo de medidas. En este sentido el Grupo Socialista solicitó que se tomase como eje central los delitos graves excluyéndose, de este modo, la posibilidad de aplicar una medida de tales características a aquellos delitos que llevasen aparejadas penas menos graves, es decir, a delitos que estuvieran castigados con una pena en abstracto de más de cinco años de prisión y no los que tuvieran una pena inferior. Dicha cuestión fue planteada en numerosas sesiones pese a que en su comparecencia Gimeno Sendra, aclaró que el criterio cuantitativo, es decir, aquel que atiende a la gravedad de los delitos atendiendo a las penas que llevan aparejadas en el Código Penal, no es el único criterio que permite medir la proporcionalidad de un acto de investigación limitador de derechos fundamentales, sino que también existen otros igualmente efectivos y determinantes como es el de la trascendencia social relevante[70]. De este modo, circunscribir la consideración de delito grave sólo a aquellos que lleven aparejada una pena privativa de libertad superior a cinco años impediría adoptar esta diligencia en casos como el tráfico de influencias o la malversación de caudales públicos, restando operatividad a la reforma[71].

Pero, es más, en el caso de la grabación de conversaciones mediante la instalación de dispositivos electrónicos en el domicilio, hubo incluso Grupos que propusieron que sólo pudiese aplicarse para el caso de delitos de terrorismo y

---

69. No obstante, pese a que el país germano sostenga un concepto más amplio de intimidad, lo cierto es que la técnica de instalación y utilización de micrófonos en el interior de domicilios sí está permitida. www.lavanguardia.com/internacional/20081221/53602979223/alemania-se-hace-mas-policial.html.

70. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados celebrada el miércoles 13 de mayo de 2015, sesión número 49, comparecencia del señor Gimeno Sendra en relación con el proyecto de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. En el mismo sentido que Gimeno Sendra se pronuncia González-Cuéllar Serrano, en cuya opinión, para considerar que una medida limitativa de derechos fundamentales es proporcionada debe atenderse no sólo a la gravedad de la pena establecida en el código penal sino que también ha de atenderse a otros factores entre los que destaca la repercusión social del delito. González-Cuéllar Serrano, N., «Garantías constitucionales de la persecución penal del "entorno digital"», en VV.AA., *Derecho y justicia penal del S. xxi: Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, p. 911.

71. STS, Sala de lo Penal, 740/2012, de 10 de octubre.

cometidos por grupos criminales organizados, nunca en el supuesto de delitos individuales[72]. Así, en opinión del Grupo Socialista, prever esta diligencia de investigación para delitos menos graves suponía una intromisión de lo que la jurisprudencia europea viene llamando de «mayor intensidad» frente a las de «baja intensidad», resultando, por tanto, contraria a la exigencia de proporcionalidad[73].

En definitiva, tal y como se encuentra regulada la proporcionalidad de la LECrim, nos permite afirmar que la sola gravedad del hecho o la pertenencia a una lista tasada de delitos no garantizará siempre y en todo caso la superación del principio de proporcionalidad, debiendo tenerse presentes las exigencias derivadas del art. 588 bis a. Esta es, precisamente, una de las cuestiones que la LECrim aborda en la innovadora regulación que contiene de dicho principio, pues como puede apreciarse, el legislador no se ha centrado únicamente en la gravedad del hecho delictivo como aval suficiente para considerar superado el juicio de proporcionalidad, sino que, junto a ello, valora otros componentes como la relevancia del fin perseguido con la restricción del derecho fundamental, lo que lleva a la necesidad de analizar la incidencia real sobre los derechos afectados por la medida y su correlación con la finalidad perseguida[74], circunstancias que se ponen de manifiesto a lo largo de todo el articulado dedicado a los medios de investigación tecnológicos.

En conclusión, y, siguiendo a ASENCIO MELLADO, en el caso de que el uso de las nuevas tecnologías en la investigación de los delitos plantee problemas de intimidad y/o seguridad debe cumplirse una serie de requisitos necesarios para la

---

72. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados celebrada el martes 2 de junio de 2015, sesión número 50, intervención del señor De la Rocha Rubí en representación del Grupo Socialista.

73. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados celebrada el jueves 11 de junio de 2015, sesión plenaria número 270, intervención del señor De la Rocha Rubí en representación del Grupo Socialista.

74. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «La intervención de las comunicaciones en el proceso penal», *La Ley Penal*, 24 de noviembre de 2015. En torno a esta cuestión, también puede consultarse la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011 del 7 noviembre, donde el Alto Tribunal reconoce la proporcionalidad de la actuación de la Policía Judicial que, ante el aviso de un técnico informático de que había encontrado material pedófilo en un ordenador personal, comprobó la veracidad del hallazgo descubierto por este ciudadano constatando que existían elementos suficientes para la detención de la persona denunciada. Señalaba el Tribunal Constitucional que debía valorarse, «*además, que la investigación se circunscribía de manera específica a un delito de distribución de pornografía infantil, lo que resultaba relevante no sólo por la modalidad delictiva caracterizada por la dificultad de su persecución penal al utilizarse para su comisión las nuevas tecnologías e Internet, sino fundamentalmente en atención a la gravedad de estos hechos por referirse a víctimas especialmente vulnerables* (…). *A estas apreciaciones, añadía que la actuación policial había respetado el principio de proporcionalidad, pues se trataba de una medida idónea para la investigación del delito en la medida en que del terminal informático se podían extraer pruebas incriminatorias y nuevos datos para la investigación, imprescindible en el caso concreto, pues no existían otras medidas menos gravosas, y ejecutada de tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad no resultaba desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las evidencias existentes. En este punto, el citado Tribunal añadía que el órgano judicial no estuvo durante un espacio prolongado de tiempo al margen de la iniciativa adoptada por la policía, pues ésta, inmediatamente —a los dos días— dio cuenta al juez de instrucción, pudiendo entonces éste hacer la conveniente ponderación sobre si dicha diligencia estaba o no justificada*».

investigación que satisfagan las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos —artículo 8.2—[75].

El primer requisito es el de legalidad, que significa que los actos de investigación deben estar previstos en la ley con el fin de garantizar el respeto a los derechos fundamentales; el segundo requisito es el de jurisdiccionalidad, es decir, cuando la videovigilancia vulnere derechos fundamentales únicamente podrá practicarse mediante autorización judicial previa, basada en indicios suficientes y suficientemente motivada; y el tercer requisito a cumplir es el de la estricta observancia del principio de proporcionalidad en todas sus manifestaciones. Dentro del requisito de la proporcionalidad hay determinados autores que consideran que la práctica de ciertos actos de investigación que inciden en los derechos fundamentales deben estar limitados a las categorías delictivas de mayor gravedad pues, en la medida en que el principio de proporcionalidad implica realizar una ponderación entre la intromisión en los derechos fundamentales y la relevancia del delito, si este último no reviste la suficiente gravedad debe considerarse que la intromisión es desproporcionada[76].

4. Bibliografía

Asencio Mellado, J. M., *Derecho Procesal Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Alegre Martinez, M. A., *El derecho a la propia imagen,* Tecnos, Madrid, 1997.

Arzoz Santisteban, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la LO 4/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional,* número 22, 2002.

Cabezudo Bajo, M. J., *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal,* Iustel, Madrid, 2004.

Choclán Montalvo, J. A., «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», *Poder Judicial,* número 38, 1997.

Etxberría Guridi, J. F., *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Fernández López, M. F. «La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo», en Casas Baamonde, M. E., Cruz Villalón, J. y Durán López, F. (Coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española,* La Ley, Madrid, 2006.

García de Gabiola, J., «Cámaras ocultas: el derecho a la información vs los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *E&J*, 2003.

González-Cuéllar Serrano, N., «Garantías constitucionales de la persecución penal del "entorno digital"», en VV.AA., *Derecho y justicia penal del S.XXI: Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García,* Colex, 2006.

75. Asencio Mellado, J. M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 140-143.

76. Véase, Asencio Mellado, J. M., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, pp. 140-145.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Colex, 1990.

GOÑI SEIN, J. L., *La Videovigilancia Empresarial y la Protección de Datos Personales,* Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal Penal,* Akal, Madrid, 1999.

MARTÍN MORALES, R., «El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta», *Diario La Ley*, número 6079, 2004.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ R., *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MARTÍNEZ RUÍZ, J., *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Bosch, Barcelona, 2004.

MIERES MIERES, L. J., *Intimidad personal y familiar: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PEDRAZ PENALVA, E., «La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva», en PEDRAZ PENALVA, E. (Coord.), *Protección de datos y proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010.

PÉREZ LUÑO, A. E., *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «La intervención de las comunicaciones en el proceso penal», *La Ley Penal*, 24 de noviembre de 2015.

ROMERO COLOMA, A. M., *La intimidad privada: problemática jurídica*, Reus, Madrid, 2008.

SENÉS MOTILLA, C., «Cámaras de control y filmación de las vías públicas, en redadas y controles policiales», en VELASCO NÚÑEZ, E. (Dir.), *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, número 12, Madrid, 1996.

SERRA URIBE, C. E., *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*, Laberinto, Madrid, 2006.

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J. C., «Las videograbaciones como prueba en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, número 2024.

VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en BASTIDA FREIJEDO, F. J. (Dir.), *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

La motivación de la resolución que acuerda la investigación tecnológica

Pedro Álvarez Sánchez de Movellán
Profesor Titular de Universidad de Derecho Procesal
Universidad de León

1. Un apunte sobre los medios de investigación tecnológica

1.1. Una regulación sorprendentemente tardía

El referente normativo que se aplicaba en España hasta la Ley 13/2015 era el contenido del art. 579 LECrim, en el que, sintéticamente, se contemplaba la detención de correspondencia privada, la intervención de las comunicaciones telefónicas y la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas[1]. Aquella normativa podía intuir que llegaba tarde a regular la extensión y límites de derechos fundamentales en el ámbito de las comunicaciones. Pero podía encontrar su consuelo en que el sencillo «esquema» de la norma (aquellas tres formas de comunicación) se ajustaba a la plantilla del art. 18.3 CE[2].

La doctrina del Tribunal Supremo fue más severa a la hora de valorar la situación normativa. Valga de muestra la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) número 342/2015 de 2 junio, F.J. 10 que se remite a otras resoluciones anteriores para recordar que «*esta Sala casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECr que ha sido censurada en varias SSTEDH*». En sintonía con la jurisprudencia, la doctrina del Tribunal

1. El régimen de este artículo debía entenderse en el contexto de la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o de e elementos terroristas o rebeldes.

2. Por virtud del art. 18.3 CE «*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*».

Constitucional calificaba la situación como de «*una ausencia total y completa de ley*»[3], con todas las conclusiones que de ahí se derivan cuando de limitar derechos fundamentales se trata.

1.2. Investigación tecnológica: la línea roja de la legalidad

Por virtud de la LO 13/2015 de 5 de octubre (BOE 6 de octubre) se dio respuesta a ese clamor. Con acierto señaló GIMENO SENDRA que «*mediante la nueva regulación de este derecho fundamental contenido en el art. 18.3 C.E. efectuada por los arts. 588 bis a y s.s.* (…) s*e dará cumplida satisfacción a la doctrina del TEDH sobre el principio de legalidad procesal, al propio tiempo que también los ciudadanos e incluso la policía judicial ganarán en seguridad a la hora de limitar el ejercicio de este derecho fundamental*»[4].

Efectivamente, con la reforma ha ganado el ordenamiento, todos los ciudadanos y de una manera especial todos los profesionales que giran en torno a la Justicia. La investigación tecnológica del delito no supone la privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria que se proclama en el art. 17 CE. Pero sí limita los derechos fundamentales reconocidos en el artículo siguiente, el 18 de la CE, entre otros: los derechos a la intimidad, propia imagen y secreto de las comunicaciones. Esta circunstancia le da un significado particular a esta normativa, cada día más importante para la persecución del delito, porque su vulneración puede suponer, paradójicamente, una conducta delictiva[5].

Pues bien, nos vamos a acercar al referido régimen desde el punto de vista de la resolución exigida para autorizar algunas de las medidas de investigación tecnológica reguladas en los arts. 588 bis y ss. LECrim. Dicha resolución, y en concreto su motivación será el ser o no ser de una medida cuya validez puede

---

3. Es de cita frecuente al respecto la STC 145/2014, de 22 septiembre, F.J. 7. Como consecuencia de una interpretación extensiva del art. 579 LECrim declara de manera rotunda el Tribunal Constitucional que no estamos por lo tanto ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de ley. Por lo que continúa más adelante declarando que la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la regulación legal (en materia de comunicaciones telefónicas) y la posibilidad de suplir los defectos de la Ley, no puede ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no exista previsión legal alguna, o en el que, cuando menos, tal regulación no se corresponde con la que se identifica y cita en las resoluciones recurridas.

4. GIMENO SENDRA, V., «La reforma, de 2015, de la LECrim: aspectos generales», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 27.

5. Como ejemplo el que expone Moreno Catena ante la necesidad de que, iniciada una investigación, si apareciera la comisión de otros delitos, solo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado, que específicamente la ordene para los nuevos hechos descubiertos pues si no la medida constituiría una injerencia no legítima. MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 261.

ser determinante para el proceso. Y en donde la realidad de los hechos y la urgencia de las situaciones no siempre permiten hacer las cosas como podría sugerir el mundo platónico de las ideas[6].

2. Breve valoración sobre el régimen de disposiciones comunes

2.1. Relevancia de las normas que por comunes, deberán aplicarse a todas las medidas de investigación

Es importante apreciar que, sin perjuicio de alguna otra disposición específica al respecto, la exigencia de una resolución motivada para autorizar estas medidas es una exigencia contenida en el capítulo de disposiciones comunes[7]. En concreto, el art. 588 bis c, relativo a la «resolución judicial» comienza disponiendo que «*el juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal*». Así lo pone de manifiesto Ortiz Pradillo[8], señalando que la debida justificación motivada de la concreta medida a adoptar se establece también como una disposición común a todas las medidas tecnológicas de investigación. Norma general que convive con alguna disposición especial que mencionaremos.

Esto mismo se pone de relieve en el Preámbulo de la LO 13/2015, cuando al referirse a la diversidad de medidas contempladas, se añade que la norma «*somete la interceptación de todas ellas —en su propia y diferenciada instrumentalidad— a los principios generales que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la intercepta-*

---

6. En este sentido entendemos muy oportuna la consideración de Pico i Junoy, quien razonando bajo un principio de máxima extensión del derecho a la prueba de los litigantes justifica que la información obtenida de una intervención telefónica practicada con autorización judicial cuya debida motivación es discutida por la parte acusada, no debería provocar que el mismo juez instructor autorizante de la intervención entrase a resolver su propia actuación, por lo que, en esta situación, lo lógico sería remitir esta problemática al juez del juicio oral. Picó i Junoy, J., «Las denuncias de la prueba ilícita en el proceso penal», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 326.

7. Esta es la novedad de la reforma, en opinión de Armenta Deu: por una parte elaborar un cuerpo de principios rectores, con vocación de informar todas y cada una de las medidas, y por otra parte acomodar las exigencias derivadas de los textos internacionales y de los tribunales supranacionales y nacionales a las formas de criminalidad más actuales. Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 195.

8. Ortiz Pradillo, J. C., «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 314.

ción de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional»[9].

Sobre estas disposiciones comunes no querríamos dejar de hacer un apunte. Y es que además de la eficacia que tienen por su carácter «común», aquellas normas representan la síntesis de generosos esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales por cubrir las carencias de unas actuaciones procesales «sin procedimiento» a seguir. Y por esa razón parece evidente que aquella jurisprudencia y aquella doctrina constituyen un muy buen criterio hermenéutico para la normativa finalmente aprobada.

2.2. La resolución judicial que acuerda la medida y el régimen de disposiciones comunes

En atención a lo acotado del tema de nuestro trabajo no podemos extendernos en consideraciones sobre el régimen de las disposiciones comunes[10]. Pero sí podemos apreciar una serie de disposiciones que guardan una particular relación entre sí. Nos estamos refiriendo a las relativas a la tramitación de la medida, que parte de la solicitud de autorización judicial, solicitud que dará lugar a la resolución judicial propiamente dicha, y continúa con un régimen de control de la misma, que hace presente la figura judicial y no otra[11] (con las garantías que ello supone) durante la ejecución de la medida (arts. 588 bis, b, c y g)[12].

---

9. Preámbulo (Apartado IV, párrafo VII) de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

10. Ni podemos reproducir los once artículos que se contienen dentro del art. 588 bis. Baste recordar que las cuestiones objeto de regulación son: a) principios rectores; b) solicitud de autorización judicial; c) resolución judicial; d) secreto; e) duración; f) solicitud de prórroga; g) control de la medida; h) afectación de terceras personas; i) utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales; j) cese de la medida; k) destrucción de registros.

11. No se trata de enfatizar. Con mucho acierto y altura de miras jurídica declaraba la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 342/2015, de 2 junio, F.J. 10 que «*el principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas, estando permitida en estos casos la fundamentación por remisión al oficio policial que solicita la prórroga, pero no por la integración del oficio policial en el auto judicial por estimar que tal integración constituye una forma de soslayar la habilitación constitucional del art. 18.2 CE que establece que solo al órgano judicial le corresponde la toma de decisión de la intervención, y además, de motivarla*».

12. Fuentes Soriano coincide en la identificación de estos elementos como la columna vertebral de estas medidas de investigación. Y así, en relación con el trámite a seguir para el caso de los hallazgos casuales, se refiere la obligación de deducir testimonio de los particulares necesarios para justificar la legitimidad de la medida; y entre los que cabe entender como «particulares necesarios» habrá que considerar incluidos, al menos, la solicitud inicial para la adopción de la medida, la resolución judicial por la que se acuerda ésta y las peticiones y resoluciones acordando las sucesivas prórrogas que, en su caso, se hubieren decretado. Fuentes Soriano, O., «Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 286.

Si bien no podemos decir que pueda sobrar ningún precepto dentro del régimen de disposiciones comunes, sí creemos que la previsión de la resolución judicial que acuerde la medida tiene un significado especial[13]. Así lo ha recordado la doctrina señalando que al tratarse de medidas especialmente invasivas las reguladas a lo largo de los arts. 588 bis LECrim, que afectan intensamente el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, la nueva regulación exige expresamente que la resolución judicial que las acuerde se sujete a los principios rectores del art. 588 bis a)[14].

No parece descabellado decir que la resolución judicial se convierte así en la piedra angular del régimen de medidas de investigación tecnológica y de su sistema de garantías. Como con gran acierto ha señalado la doctrina[15], es evidente que la sucesión de apartados que integra el art. 588 bis c) sólo adquiere significado si su alcance se filtra por los principios a que se refiere el art. 588 bis a). Cualquier automatismo o respuesta inmotivada puede acarrear consecuencias negativas desde la perspectiva de la validez constitucional de la medida. La falta de motivación suficiente, en suma, el silencio del juez respecto de las razones que justifican la injerencia, a la luz de los principios de proporcionalidad, necesidad y especialidad, puede proyectar sobre la diligencia acordada el efecto de ilicitud al que se refiere el art. 11 de la LOPJ.

3. La resolución judicial que autoriza o deniega la medida de investigación

En los arts. 294 y 298 del Borrador de Código Procesal Penal (en adelante BCPP) implícita y expresamente se dispuso ya que la resolución que acordase la medida fuese un auto[16], a diferencia de lo que hacía el entonces vigente

---

13. La idea pensamos que residía en la mente del legislador. Así se confiesa, de forma clara y concreta en el apartado IV del Preámbulo de la LO 13/2015, de 5 de octubre (BOE 6 de octubre), declarando expresamente que «*la reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia*».

14. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal …*, *op. cit.*, p. 261. Hace estas consideraciones el citado autor en el contexto de la exigencia de que las referidas medidas se adopten mediante resolución judicial motivada, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental. Es evidente que el ser o no ser de los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim, pasa necesariamente por el cumplimiento de esta exigencia formal.

15. Marchena Gómez, M., «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas» en Marchena Gómez, M. y González-Cuellar Serrano, N. (Dir.), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 256.

16. A este respecto, Casanova Martí comentaba que dicho auto, aunque el art. 294 BCPP no lo diga, deberá ser suficientemente motivado por su propia naturaleza legal. Casanova Martí, R., «Valoración crítica de las intervenciones

art. 579 LECrim que hacía una referencia genérica a una «resolución motivada»[17]. Sin duda no estaba pensando en una resolución cualquiera[18]. Lo cierto es que la jurisprudencia no podía permanecer callada ante tanto silencio del legislador y fue andamiando la construcción que a éste le esperaba[19]. El art. 294.5 BCPP fue mucho más explícito al exigir para la resolución judicial que autorice la injerencia «el juicio de ponderación» entre interés público e interés del encausado[20], ponderación y razonamiento que no se puede imaginar fuera de un auto. Junto a esto, el art. 299 BCPP hacía indicación del contenido que debía tener la resolución judicial que autorice la interceptación, en la línea de nuestro art. 588 bis c.[21], aunque éste último sea más prolijo al respecto[22].

El recorrido legal y constitucional que hay desde la aprobación de la Constitución Española hasta la reforma de la LO 13/2015 es mucho más que importante. Aun partiendo de la base de que estas diligencias de investigación suponen una limitación de los derechos fundamentales, la articulación del régimen legal y el nivel de detalle al que éste desciende sería inimaginable hace cuarenta

---

telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal» en MORENO CATENA, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 549.

17. Aunque ya entonces exponían los autores que tal mención llevaba categóricamente a descartar la providencia, y dado que las sentencias son resoluciones judiciales que se utilizan para decidir definitivamente sobre una cuestión, el auto se configuraba como la resolución judicial más indicada para decretar la intervención. Así MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «Las intervenciones judiciales de las comunicaciones», en GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006, p. 164.

18. Un buen ejemplo de aquellos «juicios provisionales de culpabilidad» a los que se refiere CASTILLEJO MANZANARES. CASTILLEJO MANZANARES, R., *El juicio de faltas*, Comares, Granada, 2002, p. 60.

19. Buen ejemplo de esto sería, entre otras, la ya citada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 342/2015, de 2 junio, F.J. 10. Allí se declara que «*al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la Policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención*».

20. Literalmente exigía que la resolución que autorice la injerencia exprese «*el juicio de ponderación realizado entre el interés público de persecución penal del hecho punible y el interés del encausado en preservar su derecho al secreto de sus comunicaciones*». Entiende ORTIZ PRADILLO que la reforma de 2015 reforzó notablemente el deber de motivación de las distintas medidas tecnológicas de investigación (a ello nos referiremos), lo cual obligará al juez a plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido. ORTIZ PRADILLO, J. C., «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»…, *op. cit.*, p. 312.

21. El valor de aquella propuesta normativa era importante, ya que es evidente que el hecho de bajar a tal detalle para las exigencias del auto refuerza notablemente las garantías. Al respecto ponía el acento Noya Ferreiro de forma particular en la obligación de indicar el procedimiento y periodicidad en que se informará al Tribunal de garantías sobre el resultado de la medida, puesto que en función de esta información deberá decidirse sobre la continuación, el alzamiento o en su caso la prórroga de la intervención. NOYA FERREIRO, M. L.., «La interceptación de las comunicaciones en el borrador del Código Procesal Penal: algunas cuestiones críticas» en MORENO CATENA, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 672.

22. En concreto, en el vigente 588 bis C.3 se añaden como menciones al contenido del auto las contenidas en los apartados g y h del número 3, relativas a: «(…) *g) La finalidad perseguida con la medida. h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia*».

años. Baste recordar las palabras de González-Cuellar Serrano[23] cuando en relación con el alcance del deber de motivación de la resolución judicial que autoriza la injerencia hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional. Ésta, si bien de entrada exige que la motivación debe ser especialmente estricta, lo cierto es que descendiendo a lo concreto en un principio trabajó con criterios particularmente flexibles, aceptando mínima e incluso nula motivación si el derecho de defensa no fuese vulnerado en el caso concreto.

Seguimos la plausible opinión de Marchena en el sentido de hacer una «lectura constitucional» de esta reforma. Como dice el citado autor este tipo de artículos —588 bis b) y bis c)— han de interpretarse como algo más que un simple modelo formulario. De lo que se trata, al regular casuísticamente el contenido de esa resolución, es de imponer una estructura sistemática que sirva de recordatorio al Juez instructor del alcance de la medida que esté utilizando. Y que al mismo tiempo no queden aspectos esenciales para la validez del acto de inferencia al albur de las originalidades sistemáticas de cada órgano instructor[24].

3.1. Sobre la motivación judicial de la debida proporcionalidad

Hay que estar con Ramos Méndez que rotundamente afirma que la ley se ha empeñado en que la resolución sea especialmente motivada, para reforzar los principios operativos[25]. Esta intencionalidad de la reforma legal y la necesidad de una motivación detallada en el auto que acuerda la injerencia aparecen confesadas en el Preámbulo de la LO 13/2015. Allí se afirma que «*la reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación*»[26].

El principio de proporcionalidad y la motivación judicial que resuelve sobre la medida solicitada son prácticamente dos maneras de hablar de lo mismo. Por eso, a pesar de que no es así como se escribe en la Ley, no le falta razón a Ve-

---

23. González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 147.

24. Marchena Gómez, M., «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas»…, *op. cit.*, pp. 255-256.

25. Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima Lectura Constitucional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, p. 261.

26. Preámbulo (Apartado IV, párrafo V) de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

LASCO NÚÑEZ cuando incluye entre los principios rectores de las medidas de investigación tecnológicas la autorización judicial, pues así lo exige el art. 588 bis a) LECrim. Esto se deduce del carácter eminentemente público del proceso penal y la afección a importantes derechos fundamentales del investigado, regulados en el art. 18 de la CE[27].

Pensamos que con particular precisión GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO habla de la motivación como del *requisito extrínseco formal* del principio de proporcionalidad[28]. Por eso todo aquello que guarde relación con la motivación del auto sobre medidas de investigación tecnológica nunca deberá analizarse como un asunto formal sino como la encarnación del respeto a los principios rectores del régimen de estas medidas. Y en concreto, del principio rector que de alguna forma está presente en todos los demás[29].

3.2. La adopción de medidas sin resolución judicial

Dicho todo lo cual, ahora hay que añadir que, como tan frecuentemente pasa en Derecho, la regla tiene su excepción. Efectivamente, en el ámbito del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información el art. 588 sexies c regula la autorización judicial. Y en el apartado cuarto de este artículo se contempla la posibilidad de tal registro sin autorización judicial cuando esto resulte imprescindible, exigiendo una inmediata puesta en conocimiento del juez competente que dictará posteriormente la resolución motivada que decidirá la suerte de dicha diligencia[30].

La lectura rápida del precepto parece poner en solfa los comentarios que hasta aquí hemos hecho[31]. Una primera reflexión nos permite relativizar esa impresión

---

27. VELASCO NUÑEZ, E., *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepín, Madrid, 2016, p. 68.

28. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales*… *op. cit.*, p. 147.

29. Este planteamiento pensamos que se refleja en la STC 145/2014, de 22 septiembre, F.J. 2, recordando que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, «*nuestra doctrina ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE*».

30. Dispone expresamente el art. 588 sexies c. 4 que «*en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado*(...)».

31. En ese sentido parece pronunciarse ORTIZ PRADILLO recordando que esta excepción no figuraba expresamente en la propuesta del año 2011 y sólo se indicaba para el examen de dispositivos incautados fuera del domicilio y previa decisión del Ministerio Fiscal en la propuesta del año 2013, con lo que este amplio grado de excepcionalidad del nuevo régimen legal de 2015 con respecto al acceso policial a dispositivos informáticos puede orillar los avances jurisprudenciales en el reconocimiento de ese «*derecho a la protección del entorno digital*». ORTIZ PRADILLO, J. C., «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»…, *op. cit.*, p. 312.

ya que en el ámbito del proceso penal no es extraña esa «judicialización en un segundo momento». Sin ir más lejos eso ocurre con la detención que en atención a la eficaz persecución del delito puede llevarse a cabo incluso por particulares. La doctrina del Tribunal Supremo venía contemplando esta posibilidad, también con carácter excepcional y por razones de urgencia y necesidad[32], de manera que el precepto que estamos comentando no deja de formar parte de la excepción que confirma la regla; con arreglo al régimen espacial allí descrito.

El respeto a la Norma Fundamental por parte de esta práctica también estaba avalado por el Tribunal Constitucional admitiendo esos registros policiales, pero poniendo el acento en la posterior y necesaria autorización judicial. En concreto, declarando que «*la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales*»[33].

3.3. ¿Hasta dónde la motivación?

Ya hemos referido y alabado el detalle del art. 588 bis c. Como era de prever, tanta virtud no iba a ser suficiente para que la norma no plantease cuestión alguna. Nos limitamos aquí a algún breve apunte sobre preguntas que puede suscitar una primera aproximación.

3.3.1. Sobre el hecho punible objeto de investigación

Afirma Marchena Gómez en una comprensión sistemática de la norma que el hecho punible cuyo esclarecimiento se persigue mediante la adopción de esta

32. Sobre esta posibilidad, recuerda la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) número 204/2016, de 10 marzo, F.J. 13 que «*que si bien nuestra doctrina admite el examen directo de la agenda de un teléfono móvil por los agentes de la policía judicial, por estimar que no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones sino al derecho a la intimidad, esta doctrina no exime de la concurrencia de los requisitos constitucionales propios de la afectación a este derecho fundamental*».

33. En este sentido la STC 70/2002, de 3 abril, F.J. 10, en la que se parte de que «*la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad*».

medida ha de ser definido con unos contornos suficientemente nítidos, excluyentes de toda idea de prospección indefinida[34]. La exigencia es clara por parte de la doctrina del Tribunal constitucional; así, la STC 145/2014 de 22 septiembre, F.J. 2 exige que «*el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas*»[35].

3.3.2. A vueltas con los hallazgos casuales

Respecto de los hallazgos casuales, la exigencia de una renovada motivación que justifique que para la investigación del delito inesperado, también existen razones que justifican, a la luz de sus principios legitimadores, una medida de restricción del derecho al secreto de las comunicaciones[36]. Esta situación, con regulación propia en el art. 588 bis i, se equipara por alguna sentencia al delito flagrante, y pasa necesariamente por un nuevo auto y nueva motivación[37].

3.3.3. El soporte físico o el contenido de información digital

Con esta nueva regulación, afirma Ortiz Pradillo que el legislador ha venido a reconocer, por fin, que los dispositivos de almacenamiento masivo de información en formato digital no son, en absoluto, algo equiparable a una simple mochila, cartera o cualquier otro continente corpóreo de información, sino que son una prolongación más de nuestra vida (nuestra vida digital, habría que especificar) a tenor de la enorme cantidad y calidad de la información que generamos a través de los mismos[38]. El art. 588 sexies a) resuelve expresamente esta exigencia de un razonamiento específico referido a la necesidad de acceder a los contenidos de dichos dispositivos[39]

---

34. Marchena Gómez, M., «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas»…, *op. cit.*, p. 256.

35. La jurisprudencia aporta cordura práctica al tema. Y así, la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) número 841/2014, de 9 diciembre, F.J. 5 declara que «*no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos elementos indiciarios*».

36. Marchena Gómez, M., «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas»…, *op. cit.*, p. 258.

37. Habla de esa posibilidad de considerar el hallazgo como un delito flagrante la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) número 400/2017, de 1 junio de manera que los hallazgos casuales deducidos de intervenciones telefónicas justifican la necesidad de ampliar las escuchas, y por el principio de especialidad, exigen de un nuevo auto que legitime la aparición casual y su investigación.

38. Ortiz Pradillo, J. C., «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»…, *op. cit.*, p. 315.

39. Efectivamente, dicho artículo para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, exige que «*el juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos*».

3.3.4. La extensión de la medida en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

Sobre este particular el art. 588 ter d) 2) dispone que «*para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos*» que posteriormente pormenoriza. Una lectura acertada hace Marchena sentenciando que para la historia han de quedar las motivaciones implícitas, en las que *lo uno conlleva lo otro*. El legislador no quiere zonas de penumbra en la explicación jurisdiccional de las razones el sacrificio del derecho al secreto[40].

3.3.5. La unidad investigadora. Régimen del agente encubierto informático

Sobre el agente encubierto informático, la previsión del art. 282 bis.6 LECrim se traduce en que será el Juez quien controlará, previamente y en todo caso, en base a determinados criterios, como la existencia de indicios suficientes, la idoneidad de la medida y su necesidad o la gravedad de la conducta investigada y su motivación. En definitiva, si la infiltración de un agente restringe derechos fundamentales, debe tener en todo caso autorización del Juez de Instrucción competente y valorar, con especial atención, la necesidad y proporcionalidad de los medios de investigación utilizados.[41] Enlaza este control judicial con la disposición del art. 588 bis a) 2 ya que el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, de manera que no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

4. Bibliografía

Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Casanova Martí, R., «Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal», en Moreno Catena, V. (Dir.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Castillejo Manzanares, R., *El juicio de faltas*, Comares, Granada, 2002.

---

40. Marchena Gómez, M., «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas»…, *op. cit.*, p. 262. Se extiende este autor sobre sobre el texto del art. 588 ter d) 2), referido a la solicitud del Fiscal o de los agentes facultados pero de carácter decisivo para conocer el alcance de la resolución judicial habilitante, lo que dejará atrás situaciones en las que el contenido de la injerencia es idéntico para todos aquellos casos en los que se autoriza una interceptación telefónica.

41. Valiño Ces, A., «La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 315.

FUENTES SORIANO, O., «Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GIMENO SENDRA, V., «La reforma, de 2015, de la LECrim: aspectos generales», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

MARCHENA GÓMEZ, M., «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas» en MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «Las intervenciones judiciales de las comunicaciones», en GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006.

NOYA FERREIRO, M. L., «La interceptación de las comunicaciones en el borrador del Código Procesal Penal: algunas cuestiones críticas» en MORENO CATENA, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTIZ PRADILLO, J. C., «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentale*s, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PICÓ I JUNOY, J., «Las denuncias de la prueba ilícita en el proceso penal», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima Lectura Constitucional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016.

VALIÑO CES, A., «La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VELASCO NUÑEZ, E., *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2016.

Protección de la seguridad nacional y secreto de las comunicaciones

Alicia González Monje
Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

1. La evolución del concepto de seguridad nacional

Según la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, «*la seguridad constituye la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse, preservar su libertad y la prosperidad de sus ciudadanos, y garantizar la estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones*»[1], siendo definida en su art. 3 como «*la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos*».

Por su parte, GARCÍA SERVERT la define, en relación a una comunidad nacional y a un momento concreto, como «*la medida del nivel de paz, integración, concordia, derechos y bienestar presente y futuro de sus ciudadanos*», distinguiendo una doble perspectiva:

— Por una parte, es un concepto objetivo, mensurable por indicadores y nunca alcanzable al 100%.
— Por otra, es un concepto subjetivo, sumatorio de las percepciones individuales de los ciudadanos sobre su propia seguridad[2].

---

1. España, Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. BOE número 233, de 29 de septiembre de 2015, pp. 87106-87117. Para un estudio detallado de la misma, ver: ZAMORA NAVARRO, J. F., «La Ley 36/2015, de Seguridad Nacional», *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión*, 46/2016, de 12 de mayo de 2016, pp. 1-17. Disponible en: www.ieee.es.

2. GARCÍA SERVERT, R. C., «Introducción general», *Perspectivas para el desarrollo futuro de la estrategia de seguridad*, Documentos de Seguridad y Defensa, Escuela de Altos Estudios de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, número 63, septiembre 2014, pp. 10-11.

Y para FELIU ORTEGA, es «*el estado deseado por una sociedad en el que pueda ésta desarrollarse y prosperar libre de amenazas*»[3].

Se habla ya así por la doctrina de un nuevo concepto de seguridad, alejado de la idea de protección territorial del Estado que, aun sin olvidar lo anterior, se centre, según CARVALHO y ESTEBAN NAVARRO «*en la seguridad y el bienestar de la población*», incorpore nuevos asuntos y adopte una perspectiva multilateral e incluso mundial[4].

1.1. Las estrategias de seguridad. El marco de la seguridad nacional y europea

El concepto de seguridad nacional ha traspasado fronteras, adquiriendo una dimensión más internacional[5], asentado sobre la base de tres pilares: la protección clásica del territorio; la protección de aquellas infraestructuras que dan servicio y beneficios a la sociedad y la protección de los ciudadanos.

Para dar respuesta a estos tres pilares se desarrollan las llamadas estrategias de seguridad. Es, sobre todo, a partir de los atentados del 11S, cuando se busca un nuevo enfoque en el análisis de los riesgos y amenazas, más allá de los ya proporcionados por autoridades militares y policiales.

Las estrategias de seguridad nacional se definen por la doctrina como «*documentos elaborados como parte de las políticas públicas con la finalidad de orientar la acción de los Estados en ese ámbito particular, conforme a la definición aportada en cada caso*»[6].

La eclosión en las dos últimas décadas de amenazas que se retroalimentan, crimen organizado, ciberzamenazas y terrorismo, ha propiciado un profundo cambio en las estrategias de seguridad, con una tendencia, como destaca MACULAN, a la ampliación en un doble sentido[7]:

---

3. FELIU ORTEGA, L., «La ciberseguridad y la ciberdefensa», *El ciberespacio. Nuevo escenario de confrontación*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, Madrid, número 126, febrero 2012, p. 39.

4. CARVALHO A. V., y ESTEBAN NAVARRO, M. Á., «Los servicios de inteligencia: entorno y tendencias», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Inteligencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 76.

5. DAVARA RODRÍGUEZ, F., «Las TIC y las amenazas a la seguridad nacional; ciberseguridad», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. (Dirs.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 148.

6. JAIME JIMÉNEZ, O., DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. y BANCO NAVARRO, J.M., «Aproximación a la Seguridad Nacional», en DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. y BANCO NAVARRO, J.M. (Coords.), *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, LID Editorial Empresarial, Madrid, 2014, p. 28.

7. MACULAN, E., «Seguridad y globalización», en MACULAN, E. (Ed.), *Seguridad internacional en un orden mundial de transformación*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, Madrid, 2014, pp. 14-15.

a) Ampliación espacial, mediante la superación del principio de territorialidad, base de la soberanía estatal, para tratar de ofrecer una respuesta global basada en la cooperación.
b) Ampliación temporal, que la mencionada autora concreta en una doble dirección:
   1. hacia atrás, en el sentido de una decidida tendencia a la prevención y anticipación;
   2. hacia delante, en la medida en que su aplicación se convierte cada vez más en una situación permanente en lugar de ser algo concreto y temporal.

La actual Estrategia de Seguridad española de 2013, a la que ya se ha hecho referencia, contiene directrices con el fin de reasignar todos los recursos disponibles del Estado de manera eficiente para la preservación de la Seguridad Nacional. En particular, hace un diagnóstico de nuestro entorno de seguridad, concreta los riesgos y amenazas a los que se enfrenta España en un mundo en constante transformación, define líneas de acción estratégica y configura un nuevo Sistema de Seguridad Nacional[8].

En el mismo año, también se publica la Estrategia de Ciberseguridad Nacional[9], que teniendo en cuenta que la ciberseguridad es una necesidad de nuestra sociedad y de nuestro modelo económico, tiene como propósito fijar las directrices del uso seguro del ciberespacio[10].

Por su parte, en Europa, la Agenda de Seguridad Europea[11] sustituye a la Estrategia de Seguridad Interior de 2010[12], y en ella se establecen tres prioridades de actuación: el terrorismo y la radicalización, la delincuencia organizada y la ciberdelincuencia, desarrolladas en la actual Estrategia renovada de Seguridad Interior de la Unión Europea 2015-2020.

---

8. España, *Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido*, 2013, p. 8. Disponible en: www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf.

9. España, *Estrategia de Ciberseguridad Nacional*, 2013. Disponible en: www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-ciberseguridad-nacional.

10. Para un estudio detallado de la misma, ver: CARO BEJARANO, M. J., «Estrategia de ciberseguridad nacional», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de análisis, 65/2013, de 9 de diciembre de 2013, pp. 1-12. Disponible en: www.ieee.es

11. Unión Europea. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The European Agenda on Security*, COM (2015) 185 final, Strasbourg, 28 de abril de 2015. Disponible en: www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_en.pdf.

12. Para un estudio de la misma, ver: ARTEAGA MARTÍN, F., «La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea», *Real Instituto Elcano*, ARI, número 75/2010, 21 de abril de 2010. Disponible en: www.realinstitutoelcano.org.

A pesar de todos los esfuerzos realizados, el propio Parlamento Europeo reconoce que «*las amenazas para la seguridad interior de la Unión se han hecho más complejas, híbridas, asimétricas, no convencionales, internacionales, de rápida evolución y difíciles de predecir*»[13].

2. Interceptación masiva de comunicaciones y datos

Los atentados terroristas acaecidos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 suponen, sin duda, un cambio[14] en la manera que los Estados, y también los ciudadanos, tienen de entender la seguridad. De un lado, los ciudadanos parecemos cada vez más dispuestos a ceder importantes parcelas de nuestros derechos a cambio de seguridad; y de otro, los Estados tiene cada vez una mayor capacidad de injerencia en la vida privada de los ciudadanos, mediante sofisticados sistemas de interceptación y recopilación masiva de comunicaciones y datos[15].

En el ámbito de la Unión Europea, esa injerencia encuentra su límite en el artículo 8 del CEDH; de hecho, el propio Parlamento Europeo recuerda que «*Los derechos establecidos en el CEDH son derechos fundamentales generales y, por consiguiente, no están vinculados a una nacionalidad. Deben garantizarse a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados signatarios*»[16].

La gran revelación en la materia se produjo en el año 2013, cuando el periódico británico *The Guardian*[17] hacía públicas las prácticas de la Agencia de Seguridad Nacional Norteamericana (NSA[18]), la cual, por medio de un programa

---

13. Unión Europea. Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo sobre la Agenda Europea de Seguridad (2015/2697(RSP)), de 9 de julio de 2015. Disponible en: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0269+0+DOC+XML+V0//ES.

14. Ver: Blanco Cordero, I., «Terrorismo internacional: La amenaza global», en Diego Díaz-Santos, M. R. y Fabián Caparrós, E. A. (Coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003, pp. 209-210.

15. Según Naciones Unidas, «*Los Estados tienen cada vez una mayor capacidad para realizar vigilancias simultáneas o en tiempo real, invasivas, específicas y a gran escala, con la particularidad de que el individuo vigilado desconoce que lo es y por lo tanto, no puede oponerse a tal práctica de manera alguna*». Naciones Unidas. Asamblea General, «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», Frank La Rue, A/HRC/23/40, de 17 de abril de 2013, párrafo 33, p. 10. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf.

16. Unión Europea. Parlamento Europeo. Comisión temporal sobre el sistema de interceptación ECHELON, «Informe sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación Echelon)» (200112098(INI)), Ponente: Gerhard Schmid, FINAL AS-0264/2001PARTE 1, de 11 de julio de 2001, p. 95.

17. The Guardian, «NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily», de 6 de junio de 2013. Disponible en: www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order.

18. En inglés: *National Security Agency*.

secreto de nombre PRIMS[19], estaba llevando a cabo la interceptación de las comunicaciones y datos de millones de usuarios, todo ello invocando la protección de la seguridad nacional en la lucha contra el terrorismo internacional[20].

2.1. Las reacciones ante las revelaciones de espionaje masivo

Las reacciones, desde todos los ámbitos, no se hicieron esperar: desde el propio Estado Unidos[21] hasta las instituciones europeas[22], todos mostraron su preocupación por una práctica que pone en riesgo el derecho a la intimidad de los ciudadanos[23]. Podemos destacar:

2.1.1. Naciones Unidas

Naciones Unidas manifestó su profunda preocupación por los efectos negativos que en los derechos fundamentales podría acarrear «*la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones, incluidas la vigilancia y la interceptación extraterritoriales de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, en particular cuando se llevan a cabo a gran escala*»[24], instando a los Estados a que respeten el derecho a la privacidad, a la par que revisan sus legislaciones para adecuar la vigilancia e interceptación de las comunicaciones al pleno respeto al mismo.

En 2013, la Asamblea General puso de manifiesto que la ausencia de leyes para regular la vigilancia de las comunicaciones globales, se ha traducido en prácticas *ad hoc* que están más allá de la supervisión de una autoridad independiente.

---

19. The Washington Post, «U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program», de 7 de junio de 2013. Disponible en: www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html?hpid=z1.

20. 20 Minutos, «La Casa Blanca asegura que el registro de llamadas es vital para combatir el terrorismo», de 6 de junio de 2013. Disponible en: www.20minutos.es/noticia/1836328/0/casa-blanca/registro-llamadas/terrorismo/.

21. A tal respecto, ver el duro editorial que realiza *The New York Times*: The New York Times, «President Obama"s Dragnet», de 6 de junio de 2013. Disponible en: www.nytimes.com/2013/06/07/opinion/president-obamas-dragnet.html?pagewanted=1&_r=1.

22. 20 Minutos, «La Eurocámara se muestra «preocupada» por el espionaje de EE UU a los ciudadanos europeos», de 11 de junio de 2013. Disponible en: www.20minutos.es/noticia/1840059/0/eurocamara/impacto-espionaje/eeuu-internet/; EURONEWS, «La UE pide explicaciones al Reino Unido sobre el programa Tempora», de 27 de junio de 2013. Disponible en: es.euronews.com/2013/06/27/la-ue-pide-explicaciones-al-reino-unido-sobre-el-programa-tempora.

23. En este sentido, ver: Naciones Unidas y OEA, «Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión», Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, de 21 de junio de 2013. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=927&.

24. Naciones Unidas. Asamblea General, *El derecho a la privacidad en la era digital*, Resolución A/RES/68/167, de 21 de enero de 2014. Disponible en: www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/167.

Hoy en día, en muchos Estados, el acceso a los datos de las comunicaciones puede ser llevada a cabo por una amplia gama de organismos públicos para una amplia gama de propósitos, a menudo sin autorización judicial y la supervisión independiente.

Además, los Estados han tratado de adoptar medidas de vigilancia que pretenden tener un efecto extraterritorial, lo que sugiere una tendencia alarmante hacia la ampliación de las competencias de vigilancia más allá de las fronteras territoriales, aumentando el riesgo de acuerdos de cooperación entre la policía y los organismos de seguridad del Estado para eludir las restricciones legales internas en la materia[25].

El uso «extralegal» de estas técnicas, socava los principios básicos de la democracia y es probable que tenga efectos políticos y sociales perjudiciales[26].

2.1.2. Unión Europea

El Parlamento Europeo expresa su seria preocupación y su condena enérgica, «*ante PRISM y otros programas similares, pues, de confirmarse la información disponible por ahora, representarían una grave violación del derecho fundamental a la privacidad y la protección de los datos de los ciudadanos y los residentes de la UE, así como del derecho a la vida privada y familiar, la confidencialidad de las comunicaciones, la presunción de inocencia, la libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de empresa*»[27], a la par que encarga a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior una investigación exhaustiva del asunto.

La citada Comisión parte de que los sistemas de vigilancia e interceptación masiva de las comunicaciones de los ciudadanos son incompatibles con «*los derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión, de prensa, de pensamiento, de conciencia, de religión y de asociación, la vida privada, la protección de datos, así como el derecho a un recurso efectivo, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo y a no ser discriminado*»[28], todos

---

25. Naciones Unidas. Asamblea General, «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», *op. cit.*, párrafo 64, p. 17.

26. Ibíd., párrafo 87, p. 21.

27. Unión Europea. Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2013, sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en la privacidad de los ciudadanos de la UE (2013/2682(RSP)). Disponible en: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2013-0322+0+DOC+PDF+V0//ES.

28. Unión Europea. Parlamento Europeo. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, «Informe sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y en la cooperación

ellos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por constituir piedras angulares de la democracia.

Por otro lado, pone de manifiesto, las acusaciones de vigilancia masiva sobre varios Estados miembros de la UE, en concreto, Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia y los Países Bajos, con prácticas como «*la vigilancia masiva de telecomunicaciones transfronterizas, la vigilancia indiscriminada de las comunicaciones por cable, posibles acuerdos entre servicios de inteligencia y empresas de telecomunicaciones en lo que respecta al acceso e intercambio de datos personales y el acceso a los cables transatlánticos, la presencia de equipos y personal de inteligencia estadounidenses en territorio de la UE sin control sobre las operaciones de vigilancia*»[29], algo que por otra parte ya había destacado la prensa de varios países[30].

Insiste en que deben emprenderse reformas necesarias y deben ofrecerse garantías efectivas a los europeos para que el uso de la vigilancia y el tratamiento de datos con fines de inteligencia exterior sean proporcionados y estén limitados por condiciones especificadas claramente y vinculados a sospechas razonables y causas probables de actividades terroristas; destaca que este fin debe estar sujeto a un control judicial transparente[31].

2.1.3. Consejo de Europa

El Consejo de Europa, en Asamblea Parlamentaria de 21 de abril de 2015, adopta la Resolución 2045 (2015), en la que parte de que las prácticas de vigilancia

---

transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior» (2013/2188(INI)), A7-0139/2014, Ponente: Claude Moraes, de 21 de febrero de 2014, p. 11. Disponible en: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0139+0+DOC+XML+V0//ES.

29. Unión Europea. Parlamento Europeo. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, «Informe sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y en la cooperación transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior», *op. cit.*, p. 27.

30. En este sentido, véase: The Intercept, «Canada casts global surveillance dragnet over file downloads», de 28 de enero de 2015. Disponible en: theintercept.com/2015/01/28/canada-cse-levitation-mass-surveillance/; SPIEGEL ONLINE, «Germany Spied on Friends and Vatican», de 7 de noviembre de 2015. Disponible en: www.spiegel.de/international/germany/german-bnd-intelligence-spied-on-friends-and-vatican-a-1061588.html; The Local, «Denmark wants to watch everything you do online», de 29 de enero de 2016. Disponible en: www.thelocal.dk/20160129/denmark-eyes-massive-online-surveillance-of-citizens; European Information Society Institute, EISI, «The Slovak Constitutional Court cancelled mass surveillance of citizens». Disponible en: www.eisionline.org/index.php/sk/projekty-m-2/ochrana-sukromia/109-the-slovak-constitutional-court-cancelled-mass-surveillance-of-citizens.

31. Unión Europea. Parlamento Europeo. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, «Informe sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y en la cooperación transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior», *op. cit.*, p. 45.

descritas por Edward Snowden, ponen en peligro derechos fundamentales como el derecho a la vida privada, la libertad de información y expresión, el derecho a un juicio justo y la libertad religiosa. Las infracciones de estos derechos sin el adecuado control judicial, pone en peligro el Estado de Derecho[32].

Se observa que, según estudios independientes llevados a cabo en los Estados Unidos, la vigilancia masiva no parece haber contribuido a la prevención de ataques terroristas, contrariamente a las afirmaciones anteriores hechas por altos funcionarios de inteligencia[33].

En base a ello, insta a los Estados miembros a[34]:

— Garantizar que sus leyes nacionales sólo permiten la recogida y el análisis de datos personales, incluyendo los llamados metadatos, con el consentimiento de la persona interesada o tras una orden judicial otorgada sobre la base de una sospecha razonable de la participación de aquél en actividades delictivas.
— Garantizar, que sus servicios de inteligencia están sujetos a mecanismos de control judicial y/o legislativo adecuados.
— Proporcionar una protección eficaz, incluso el asilo, para los que denuncien actividades de vigilancia ilegales.
— Acordar un «código de inteligencia» multilateral para sus servicios de inteligencia, que establezca las normas que deben regular la cooperación a los efectos de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado.
— Promover el desarrollo de técnicas sencillas de protección de datos para contrarrestar la vigilancia masiva y cualquier otra amenaza en internet.
— Abstenerse de exportar tecnología avanzada de vigilancia a regímenes autoritarios.

3. Conclusiones

El terrorismo amenaza la democracia y la propia estructura del Estado de Derecho, habiéndose convertido en una de las grandes preocupaciones de los ciudadanos, que demandan mayor seguridad.

En concreto, en materia de prevención de actos terroristas es imprescindible el uso de técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica de las

32. Consejo de Europa, Resolución 2045 (2015), de 21 de abril de 2015, párrafo 4, Mass surveillance. Who is watching the watcher?, Consejo de Europa, abril, 2016, p. 6.

33. Consejo de Europa, Resolución 2045 (2015), *op. cit.*, p. 7.

34. Consejo de Europa, Resolución 2045 (2015), *op. cit.*, p. 9.

comunicaciones, si bien es necesario una revisión por parte de los Estados de los procedimientos, prácticas y legislación sobre vigilancia de las comunicaciones, su interceptación y la reunión de datos personales, con miras a defender el derecho a la privacidad.

El uso que por parte de algunos Estados, principalmente Estados Unidos, se ha realizado de sistemas de vigilancia masiva de comunicaciones, incluso fuera de la frontera de su territorio, ha avivado la polémica de hasta que punto pueden conjugarse los conceptos de seguridad y privacidad, para adecuar los mencionados sistemas a parámetros de legalidad, evitando así los abusos del aparato estatal.

Los sistemas de vigilancia masiva de comunicaciones, aun cuando sean necesarios, no pueden encuadrarse en los marcos de legalidad existentes. Debe revisarse el fin de las actividades de vigilancia masiva y el refuerzo de los sistemas de control judicial.

Los Estados deben adecuar sus legislaciones internas a esta nueva realidad, a la par que los ciudadanos debemos asumir que en el choque entre eficacia y derechos, la balanza se ha decantado por la eficacia en aras de la seguridad, debiendo encontrar un equilibrio entre los beneficios potenciales de los poderes intrusivos para hacer cumplir la ley y la protección de los derechos fundamentales.

Lo que está en juego no sólo es la lucha contra el terrorismo, que deseamos que sea lo más eficaz posible, sino también la sociedad en la que queremos vivir.

4. Bibliografía

20 Minutos, «La Casa Blanca asegura que el registro de llamadas es vital para combatir el terrorismo», de 6 de junio de 2013. Disponible en: www.20minutos.es/noticia/1836328/0/casa-blanca/registro-llamadas/terrorismo/.

20 Minutos, «La Eurocámara se muestra «preocupada» por el espionaje de EE UU a los ciudadanos europeos», de 11 de junio de 2013. Disponible en: www.20minutos.es/noticia/1840059/0/eurocamara/impacto-espionaje/eeuu-internet/.

Arteaga Martín, F., «La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea», *Real Instituto Elcano, ARI,* número 75/2010, 21 de abril de 2010. Disponible en: www.realinstitutoelcano.org.

Blanco Cordero, I., «Terrorismo internacional: La amenaza global», en Diego Díaz-Santos, M. R. y Fabián Caparrós, E. A. (Coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003.

CARO BEJARANO, M. J., «Estrategia de ciberseguridad nacional», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de análisis, 65/2013, de 9 de diciembre de 2013. Disponible en: www.ieee.es.

CARVALHO A. V., y ESTEBAN NAVARRO, M. Á., «Los servicios de inteligencia: entorno y tendencias», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Inteligencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CONSEJO DE EUROPA, Resolución 2045 (2015), de 21 de abril de 2015, *Mass surveillance. Who is watching the watcher?*, Consejo de Europa, abril, 2016.

DAVARA RODRÍGUEZ, F., «Las TIC y las amenazas a la seguridad nacional; ciberseguridad», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. (Dirs.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

EURONEWS, «La UE pide explicaciones al Reino Unido sobre el programa Tempora», de 27 de junio de 2013. Disponible en: www.es.euronews.com/2013/06/27/la-ue-pide-explicaciones-al-reino-unido-sobre-el-programa-tempora.

FELIU ORTEGA, L., «La ciberseguridad y la ciberdefensa», *El ciberespacio. Nuevo escenario de confrontación*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, Madrid, número 126, febrero 2012.

GARCÍA SERVERT, R. C., «Introducción general», *Perspectivas para el desarrollo futuro de la estrategia de seguridad*, Documentos de Seguridad y Defensa, Escuela de Altos Estudios de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, número 63, septiembre 2014.

JAIME JIMÉNEZ, O., DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. y BANCO NAVARRO, J.M., «Aproximación a la Seguridad Nacional», en DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. y BANCO NAVARRO, J.M. (Coords.), *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, LID Editorial Empresarial, Madrid, 2014.

MACULAN, E., «Seguridad y globalización», en MACULAN, E. (Ed.), *Seguridad internacional en un orden mundial de transformación*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, Madrid, 2014.

NACIONES UNIDAS y OEA, «Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión», Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, de 21 de junio de 2013. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=927&.

NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», Frank La Rue, A/HRC/23/40, de 17 de abril de 2013. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf.

NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *El derecho a la privacidad en la era digital*, Resolución A/RES/68/167, de 21 de enero de 2014. Disponible en: www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/167.

THE GUARDIAN, «NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily», de 6 de junio de 2013. Disponible en: www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order.

THE NEW YORK TIMES, «President Obama's Dragnet», de 6 de junio de 2013. Disponible en: www.nytimes.com/2013/06/07/opinion/president-obamas-dragnet.html?pagewanted=1&_r=1.

THE WASHINGTON POST, «U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program», de 7 de junio de 2013. Disponible en: www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-

in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html?hpid=z1.

Unión Europea. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The European Agenda on Security*, COM (2015) 185 final, Strasbourg, 28 de abril de 2015. Disponible en: www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_en.pdf.

Unión Europea. Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo sobre la Agenda Europea de Seguridad (2015/2697(RSP)), de 9 de julio de 2015. Disponible en: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0269+0+DOC+XML+V0//ES.

Unión Europea. Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2013, sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en la privacidad de los ciudadanos de la UE (2013/2682(RSP)). Disponible en: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2013-0322+0+DOC+PDF+V0//ES.

Unión Europea. Parlamento Europeo. Comisión de Libertades civiles, Justicia y Asuntos de Interior, «Informe sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y en la cooperación transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior» (2013/2188(INI)), A7-0139/2014, Ponente: Claude Moraes, de 21 de febrero de 2014. Disponible en: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0139+0+DOC+XML+V0//ES.

Unión Europea. Parlamento Europeo. Comisión Temporal sobre el Sistema de Interceptación ECHELON, «Informe sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación ECHELON)» (200112098(INI)), Ponente: Gerhard Schmid, FINAL AS-0264/2001PARTE 1, de 11 de julio de 2001.

Zamora Navarro, J. F., «La Ley 36/2015, de Seguridad Nacional», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de Opinión, 46/2016, de 12 de mayo de 2016. Disponible en: www.ieee.es.

Redes sociales y proceso penal: una radiografía

Ana Rodríguez Álvarez
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1. Introducción

En los últimos años, la omnnipresencia de las redes sociales en nuestra vida cotidiana es incuestionable. Creadas con el objetivo de comunicarnos, éstas no han tardado en ser testigos silenciosos de la comisión de ilícitos civiles y penales, así como de revelaciones comprometedoras para más de un usuario. Este hecho, desde luego, no debería extrañarnos: al tratarse de un entorno en el que las personas interactúan, más pronto que tarde, las controversias tenían que surgir.

Como consecuencia de ello, cada vez con mayor frecuencia nuestros tribunales aluden a las redes sociales en sus resoluciones: bien porque son el instrumento empleado para la comisión de todo tipo de infracciones; bien porque, aun no siendo así, la información que suministran puede servir como prueba de un determinado hecho. Sea como fuere, en ambos casos los contenidos de los distintos perfiles de redes sociales se erigen en importantes fuentes de prueba.

Sin embargo —y pese a la incuestionable mejora que supuso la reforma de 2015[1]—, nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal está lejos de dar respuesta a las múltiples preguntas que este fenómeno trae consigo. Y ello ha llevado a nuestros órganos jurisdiccionales a ir aportando soluciones a medida que los casos se les han ido planteando. Unas directrices que, al menos por el momento, no conforman un corpus jurisprudencial consolidado.

1. Particularmente *ex* Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Así las cosas, las siguientes páginas tienen como objetivo ofrecer una panorámica de las redes sociales en nuestro proceso penal, así como analizar críticamente los problemas surgidos y aportar, en su caso, soluciones alternativas a las ofrecidas por nuestros tribunales[2].

2. Las redes sociales y el proceso penal: tipos delictivos reflejados en la jurisprudencia

A fin de responder a la pregunta de en qué tipo de hechos delictivos las redes sociales están cobrando importancia, es preciso establecer con carácter previo dos bloques diferenciados: el primero de ellos se conformaría por todos aquellos casos en los que los mensajes emitidos o las actuaciones realizadas en la red social son el medio a través del cual se comete la infracción o constituyen la infracción misma.

Dentro de este primer bloque, destacan como casos más frecuentes los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas[3]; así como los relativos a injurias, calumnias o vejaciones injustas[4].

---

2. A pesar de que su catalogación como red social es cuestionable, nos referiremos también a algunos supuestos relacionados con la aplicación de mensajería Whatsapp.

3. *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 95/2018, de 26 de febrero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 25/2017, de 11 de diciembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 34/2017, de 4 de diciembre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 600/2017, de 25 de julio; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 22/2017, de 25 de julio; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 18/2017, de 20 de junio; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 378/2017, de 25 de mayo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 15/2017, de 29 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 9/2017, de 29 de marzo; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 206/2017, de 28 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2017, de 9 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 28 de febrero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 2/2017, de 26 de enero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 4/2017, de 18 de enero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 948/2016, de 15 de diciembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 33/2016, de 17 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 37/2016, de 16 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 35/2016, de 15 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 29/2016, de 11 de octubre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 29/2016, de 21 de septiembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 28/2016, de 21 de septiembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 24/2016, de 19 de julio; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 623/2016, de 13 de julio; AJCI número 1 de 7 de marzo de 2016; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2016, de 1 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 3/2016, de 23 de febrero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2016, de 4 de febrero; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2016, de 29 de enero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 846/2015, de 30 de diciembre; AAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 556/2015, de 9 de diciembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 39/2015, de 14 de octubre; AJCI número 1 de 7 de octubre de 2015; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 30/2015, de 15 de julio, AJCI número 1 de 2 de julio de 2015; SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 14/2015, de 25 de mayo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 2/2012, de 17 de enero.

4. *Vid.* SAP Cáceres (Sección 2ª) 340/2017, de 7 de noviembre; AAP Barcelona (Sección 5ª) 694/2017, de 12 de septiembre; SAP Alicante (Sección 1ª) 416/2017, de 7 de junio; SAP Zaragoza (Sección 1ª) 54/2017, de 26 de mayo; SJP número 4 Pamplona 89/2017, de 7 de abril; AAP Navarra (Sección 2ª) 341/2016, de 15 de diciembre; SAP Madrid (Sección 30ª) 503/2016, de 4 de julio; SAP Salamanca (Sección 1ª) 44/2016, de 30 de mayo; SAP Tarragona (Sección 2ª) 141/2016, de 30 de marzo; SAP Murcia (Sección 3ª) 454/2015, de 6 de noviembre; AJCI número 5 de 9 de septiembre de 2015; SAP Madrid (Sección 26ª) 394/2015, de 27 de mayo; SAP Cáceres (Sección 2ª) 80/2015, de 26 de febrero; SAP Navarra (Sección 2ª) 38/2015, de 24 de febrero; SAP Navarra (Sección 1ª) 19/2015, de 20 de febrero; AAP Cantabria (Sección 3ª) 71/2015, de 11 de febrero; SAP Burgos (Sección 1ª) 12/2015, de 14 de enero; SAP León (Sección 3ª)

No obstante, también nos encontramos con infracciones contra el orden público[5]; delitos de odio[6]; captación y autoadoctrinamiento terrorista[7]; coacciones[8]; amenazas[9]; descubrimiento y revelación de secretos[10]; delitos de menoscabo psíquico[11]; delitos contra la integridad moral[12]; delitos de trato degradante[13]; quebrantamiento de medida cautelar y de condena[14]; acoso sexual[15]; exhibicionismo y provocación sexual[16]; delitos de utilización de menores con fines pornográficos[17]; o distribución de pornografía infantil[18].

684/2014, de 17 de diciembre; SAP Madrid (Sección 6ª) 891/2014, de 12 de diciembre; SAP Murcia (Sección 3ª) 439/2014, de 14 de octubre; SAP Asturias (Sección 8ª) 191/2014, de 7 de octubre; SJP Madrid número 24 169/2014, de 6 de mayo; SAP Cáceres 172/2014, de 10 de marzo; AAP Barcelona 374/2012, de 26 de abril; SAP Madrid 398/2013, de 18 de diciembre; SAP Madrid 285/2013, de 15 de noviembre; SAP Segovia (Sección 1ª) 32/2011, de 24 de mayo; SJI número 4 Sevilla 67/2009, de 25 de febrero.

5. *Vid.* SAP Murcia (Sección 3ª) 148/2015, de 26 de marzo —si bien esta calificación penal, que provenía de la sentencia de instancia, no era correcta según la Audiencia—.

6. *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 72/2018, de 9 de febrero; SJI Cerdanyola del Vallès número 8 25/017, de 15 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 2/2017, de 26 de enero.

7. *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 734/2017, de 15 de noviembre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 655/2017, de 5 de octubre.

8. *Vid.* SAP Alicante (Sección 2ª) 356/2017, de 25 de septiembre; SAP Madrid (Sección 2ª) 299/2017, de 8 de mayo; SAP Madrid (Sección 27ª) 672/2015, de 12 de noviembre; SAP Valencia (Sección 5ª) 470/2015, de 29 de junio; SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) 371/2014, de 30 de septiembre; SAP Cantabria (Sección 1ª) 177/2014, de 16 de abril.

9. *Vid.* SAP Cáceres (Sección 2ª) 340/2017, de 7 de noviembre; SAP Madrid (Sección 26ª) 583/2017, de 18 de octubre; SAP Guadalajara (Sección 1ª) 78/2017, de 13 de octubre; SAP Segovia (Sección 1ª) 38/2017, de 6 de septiembre; SAP Madrid (Sección 26ª) 188/2017, de 29 de marzo; SAP A Coruña (Sección 6ª) 273/2016, de 30 de diciembre; SAP Albacete (Sección 2ª) 213/2016, de 26 de abril; SAP Madrid (Sección 27ª) 47/2016, de 4 de febrero; SAP Madrid (Sección 17ª) 612/2015, de 11 de septiembre; SAP León (Sección 3ª) 233/2015, de 27 de abril; SAP Burgos (Sección 1ª) 12/2015, de 14 de enero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 836/2014, de 11 de diciembre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 609/2014, de 23 de septiembre; SAP Cantabria (Sección 1ª) 177/2014, de 16 de abril; SAP Madrid (Sección 6ª) 159/2014, de 21 de marzo.

10. *Vid.* SAP Ourense (Sección 2ª) 388/2017, de 11 de diciembre; SAP Madrid (Sección 15ª) 658/2017, de 16 de octubre; AAP Barcelona (Sección 5ª) 408/2017, de 15 de mayo; SAP Asturias (Sección 8ª) 39/2017, de 15 de febrero; AAP Madrid (Sección 30ª) 90/2017, de 6 de febrero; SAP Valencia (Sección 1ª) 488/2016, de 25 de noviembre; SAP Málaga (Sección 8ª) 107/2016, de 23 de marzo; SAP Alicante (Sección 1ª) 155/2016, de 18 de marzo; SAP Cantabria (Sección 3ª) 494/2014, de 30 de diciembre; SJP número 1 Pamplona 344/2014, de 20 de noviembre; SJP número 1 Pamplona 50/2013, de 18 de febrero.

11. *Vid.* AAP León (Sección 3ª) 398/2017, de 28 de marzo.

12. *Vid.* SAP Madrid (Sección 23ª) 356/2017, de 29 de mayo; SAP Las Palmas (Sección 1ª) 209/2013, de 15 de noviembre.

13. *Vid.* SAP Albacete (Sección 1ª) 16/2012, de 26 de enero.

14. *Vid.* SAP Guadalajara (Sección 1ª) 78/2017, de 13 de octubre; AAP A Coruña (Sección 1ª) 831/2017, de 11 de octubre; SAP Cádiz (Sección 3ª) 241/2017, de 21 de junio; AAP Almería (Sección 2ª) 46/2017, de 31 de enero; AAP Lleida (Sección 1ª) 511/2016, de 26 de septiembre; SAP Murcia (Sección 3ª) 454/2015, de 6 de noviembre; SAP Navarra (Sección 2ª) 157/2016, de 15 de julio; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 609/2014, de 23 de septiembre; SAP Cuenca (Sección 1ª) 159/2013, de 17 de diciembre; SAP Madrid (Sección 27ª) 1117/2013, de 9 de septiembre.

15. *Vid.* SAP Madrid (Sección 6ª) 412/2017, de 23 de junio.

16. *Vid.* SAP Madrid (Sección 6ª) 412/2017, de 23 de junio.

17. *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 174/2017, de 21 de marzo; SAP Madrid (Sección 16ª) 325/2016, de 9 de junio; SAP Madrid (Sección 7ª) 97/2016, de 11 de marzo; SAP Albacete (Sección 1ª) 16/2012, de 26 de enero.

18. *Vid.* SAP Madrid (Sección 7ª) 125/2017, de 22 de febrero; SAP Salamanca (Sección 1ª) 30/2015, de 27 de octubre.

Con respecto a las infracciones dentro de este primer grupo, lo cierto es que no existen especialidades en lo que a la acción típica respecta. La única particularidad destacada por los tribunales en relación a ciertos tipos delictivos —como las injurias o el enaltecimiento— viene dada, lógicamente, por el medio en que se llevan a cabo, el cual provoca —al menos potencialmente— una mayor publicidad y repercusión de la acción[19]. Esta propagación de los mensajes aun podría verse más amplificada a través de los denominados *retweets* o de opciones como la de «compartir» en Facebook[20].

Dejando a un lado esta cuestión, en el segundo gran grupo de casos se encontrarían aquéllos en los que la información contenida en las redes sociales no implica la comisión de una acción punible, pero sirve como fuente de prueba para esclarecer la comisión de un delito.

Dentro de este segundo grupo, nos encontramos con casos de infracciones contra los sentimientos religiosos[21]; colaboración e integración en banda terrorista[22]; agresiones y abusos sexuales[23]; lesiones[24]; tráfico de drogas[25]; abandono de familia[26]; delitos contra la seguridad del tráfico[27]; delitos contra

---

19. El uso de las redes sociales, implica, como señala la SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 37/2016, de 16 de noviembre: «*el múltiplo exponencial de las posibilidades de difusión*». Una difusión que se produce, no sólo frente a desconocidos, sino también ante el círculo más íntimo. En esta línea, la SAP Alicante (Sección 1ª) 416/2017, de 7 de junio, sostenía en un caso de injurias lo siguiente: «*la gravedad de Ja publicación radica, además de en su claro contenido ofensivo, en su exposición a los usuarios de la red social Facebook con la concurrencia de amistades, compañeros de trabajo y, sobre todo, familiares que tanto el denunciante y la denunciada tienen en común tras haber mantenido una relación conyugal*».

20. *Cfr.* SAP Cáceres 172/2014, de 10 de marzo: «*Decir, como sostiene el recurrente, que unos mensajes difundidos a través de Twitter por quien reconoce tener más de un millar de seguidores constituyen "conversaciones privadas" constituye una afirmación carente de un mínimo rigor, pues la finalidad de esa red social es precisamente la contraria: La difusión del mensaje entre los seguidores de quien lo escribe, difusión que, además, puede verse ampliada a un ámbito subjetivo aún mayor a través de los "retuitteos" como sugiere la sentencia de instancia*».

21. *Vid.* AAP Navarra (Sección 1ª) 198/2017, de 28 de abril.

22. *Vid.* SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 11/2017, de 17 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 38/2016, de 15 de noviembre.

23. *Vid.* ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1423/2017, de 28 de septiembre; SAP Madrid (Sección 6ª) 535/2017, de 20 de septiembre; SAP Murcia (Sección 5ª) 95/2017, de 9 de mayo; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 782/2016, de 19 de octubre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 705/2016, de 14 de septiembre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 864/2015, de 10 de diciembre; SAP Valencia (Sección 3ª) 898/2015, de 22 de diciembre; SAP Murcia (Sección 3ª) 373/2015, de 8 de septiembre; SAP Valladolid (Sección 2ª) 186/2015, de 29 de junio; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 300/2015, de 19 de mayo; SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) 198/2015, de 29 de abril; SAP Madrid (Sección 29ª) 225/2015, de 14 de abril; SAP Valladolid (Sección 2ª) 346/2014, de 19 de noviembre; SAP Zaragoza (Sección 3ª) 18/2014, de 2 de abril; SAP Madrid (Sección 29ª) 106/2013, de 31 de octubre; SAP Las Palmas (Sección 1ª) 47/2012, de 28 de mayo.

24. *Vid.* SJI Alicante número 8 53/2017, de 6 de marzo; SAP Pontevedra (Sección 5ª) 63/2017, de 14 de febrero; SAP Islas Baleares (Sección 1ª) 126/2013, de 12 de noviembre; SAP Albacete (Sección 1ª) 153/2013, de 14 de mayo.

25. *Vid.* SAP Guadalajara (Sección 1ª) 203/2013, de 12 de diciembre.

26. *Vid.* SAP Madrid (Sección 6ª) 375/2016, de 21 de junio.

27. *Vid.* SJP número 2 Elche 721/2017, de 4 de diciembre.

la seguridad de los trabajadores[28]; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros[29]; deslucimiento de bienes[30]; daños contra el patrimonio histórico[31]; injurias a la Corona y ultrajes a España[32]; estafa[33]; hurto[34]; robo[35]; homicidio[36]; y asesinato[37].

Aunque excede de nuestras pretensiones detenernos en los todos y cada uno de los casos de este segundo bloque, destacaremos algunos ejemplos para ilustrar cómo la información de los perfiles puede resultar relevante en la resolución de causas —en principio— ajenas a las redes sociales.

En primer lugar, aludiremos a la SJI número 8 Alicante 53/2017, de 6 de marzo, sentencia que resuelve el mediático caso «caranchoa». En ella el Juzgado recurre a un *tweet* publicado por el *youtuber* —en el que reconocía literalmente que sus supuestas bromas le podrían ocasionar algún tipo de agresión—, para, a la postre, rebajar la condena del repartidor[38].

En una extensísima sentencia (teniendo en cuenta el carácter leve de la infracción enjuiciada) el Juzgado estima que «*El consentimiento* [en la lesión] *en este sentido es claro y contundente, expresamente emitido en sus propias manifestaciones vertidas en la red y a través de las redes sociales, tal y como resultan de los vídeos y audios aportados por la defensa así como del mensaje lanzado a través de Twitter.*

La concurrencia de los presupuestos del consentimiento en las lesiones no puede ser entendido en el sentido de que el denunciante buscara de propósito ser agredido, sino simplemente que asume el riesgo y tiene perfecto conocimiento de que el resultado dañoso puede producirse, siendo perfectamente previsible para el agredido, y, a pesar de ello, presta su consentimiento para ello, para

---

28. *Vid.* SAP Valencia (Sección 3ª) 86/2016, de 11 de febrero.

29. *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 298/2015, de 13 de mayo.

30. *Vid.* SAP Toledo (Sección 1ª) 7/2012, de 31 de enero.

31. *Vid.* SAP Badajoz (Sección 1ª) 9/2017, de 23 de enero.

32. *Vid.* SJCP 35/2017, de 21 de diciembre.

33. *Vid.* SAP Murcia (Sección 3ª) 390/2017, de 25 de septiembre; SAP Burgos (Sección 1ª) 423/2016, de 19 de diciembre.

34. *Vid.* SAP Valencia (Sección 3ª) 676/2016, de 28 de octubre; SAP Cádiz (Sección 4ª) 160/2015, de 9 de junio.

35. *Vid.* SAP Barcelona (Sección 9ª) 928/2016, de 1 de diciembre.

36. *Vid.* SAP Madrid (Sección 2ª) 806/2016, de 22 de diciembre.

37. *Vid.* SAP León (Sección 3ª) 316/2017, de 15 de junio; SAP Zamora (Sección 1ª) 32/2015, de 3 de diciembre; SAP Barcelona (Sección 9ª) 125/2015, de 5 de febrero; SAP Barcelona (Sección 20ª) 581/2014, de 4 de junio; SAP Granada (Sección 2ª) 151/2014, de 3 de marzo.

38. Literalmente: «*Últimamente estoy al borde de que me metan un buen guantazo, me merezco unos cuantos ya... xd*».

que se produzca ese resultado dañoso, la bofetada, y así lo manifiesta a través de las redes sociales. Alardear públicamente de la posibilidad de ganarse una bofetada, como signo o evidencia de la calidad de su trabajo, en orden a procurar su entretenimiento y el de sus seguidores (puesto que tal era la finalidad de ese trabajo, tal y como señaló en el acto del juicio) y posteriormente retirar ese consentimiento o asunción de las consecuencias de la actuación provocadora que lleva a cabo, no deja de ser, en este sentido, una utilización ventajista del derecho penal, ex post facto, y en función de que el resultado de su actuación haya sido conforme a sus intereses o no, y, por tanto, debe considerarse que, dentro de los límites en que el propio interesado lo manifiesta (la bofetada son gajes del oficio), debe considerarse que el consentimiento existe a los efectos del art. 155 del Código Penal. (…) *Ahora bien, en la medida en que el consentimiento prestado, si bien reúne las condiciones y requisitos del art. 155 del Código Penal, no es conocido por el denunciado, debe considerarse que el hecho de que golpeara al denunciante y le causara las lesiones a que se ha venido haciendo referencia, debe considerarse punible, si bien como tentativa inidónea, al no existir bien jurídico protegido, al haber sido excluido por el acto de disposición previo llevado a cabo por el consentimiento del lesionado*».

En segundo lugar, la SAP Valencia (Sección 3ª) 898/2015, de 22 de diciembre, relativa a un delito de agresiones sexuales, dispone que unas conversaciones mantenidas a través de la red social Tuenti —hoy desaparecida— constituyen elementos periféricos que corroboran la declaración de la víctima: «*Leticia* [la víctima] (…) *entregó copia de las conversaciones de Tuenti mantenidas con el acusado con un contenido que refleja el remordimiento por algo que niega recordar* (…)*. Esa necesidad de hablar con la menor por parte del acusado se vio corroborada también con el testimonio de los citados guardias civiles*».

En tercer lugar, en la SAP Toledo (Sección 1ª) 7/2012, de 31 de enero, los *tweets* del acusado sirvieron como prueba —junto con otros indicios— para condenarlo por una, a la sazón, falta continuada de deslucimiento de bienes (hoy convertida en infracción administrativa).

En el caso de autos, a pesar de que no existía prueba directa que identificase al apelante como autor de las pintadas, la Audiencia, confirmando la sentencia de instancia, consideró suficientes los indicios derivados de la investigación de los agentes de la Policía Local —ratificados en el acto del juicio—, unidos a los mensajes escritos en Twitter por el acusado. En tales mensajes «*reconocía que había hecho una pintada en uno de los centros escolares en que efectivamente aparecieron las objeto del procedimiento, que tenía fotos de la misma y que dudaba colgarlas en la red porque la policía estaba tras el asunto*».

Más peculiar resultan los hechos de los que trae causa la SAP Zamora (Sección 1ª) 32/2015, de 3 de diciembre. En el caso de autos, el amante de una mujer casada mata al marido de ésta y oculta a continuación el cadáver. Ella es conocedora en todo momento de lo acontecido y, con el fin de desviar la investigación iniciada por la desaparición de de su esposo, accede a la cuenta de Facebook del finado (cuya contraseña conocía) y desde ella envía mensajes a los hijos que la pareja tenía en común. En esos mensajes se hacía pasar por su marido y trataba de hacerles creer que estaba vivo y que había escapado con otra mujer a Ámsterdam. Por si fuera poco, les pedía que no le buscaran.

Como es fácil suponer, la instrucción desveló el engaño. Ambos amantes fueron procesados por un delito de asesinato pero, finalmente, sólo el hombre fue condenado. Ella fue absuelta de este delito, si bien la condenaron por encubrimiento.

Por último, merecen destacarse todos aquellos procesos en los que las redes sociales son la vía empleada en un primer momento por las víctimas para identificar a los presuntos autores de delitos como el de lesiones, hurto, robo, homicidio y asesinato (estos dos últimos en grado de tentativa)[39].

En relación a ello, la SAP Pontevedra (Sección 5ª) 63/2017, de 14 de febrero, ha declarado: «*En cuanto a ese reconocimiento efectuado por los perjudicados o los testigos de los presuntos autores de un delito, a través de las fotografías identificativas y otros datos obrantes en redes sociales, hay que aludir en primer lugar a la posible legitimidad de tal medio de investigación.* (…) *si una persona forma parte de una red social y allí publica fotografías suyas, o permite que otras personas lo hagan y lo etiqueten, sin mostrar oposición, hay que deducir que ha consentido esa exposición pública de su nombre junto con su fotografía, de forma que todas las personas autorizadas para ver ese perfil y esas fotografías pueden usarlas para fines como los aquí pretendidos, de poder identificar a los presuntos autores de una agresión.*

Ahora bien, llegar a obtener ese conocimiento previo no implica que dicho reconocimiento sirva como prueba de cargo para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, pues como se ha dicho en relación con el reconocimiento fotográfico realizado en sede policial, éste por sí solo "no constituye(n) prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales (…)*" (STS 330/2014, de 23 de abril).* (…)

39. *Cfr.* SAP Madrid (Sección 2ª) 806/2016, de 22 de diciembre; SAP Barcelona (Sección 9ª) 928/2016, de 1 de diciembre; SAP Cádiz (Sección 4ª) 160/2015, de 9 de junio; SAP Barcelona (Sección 9ª) 125/2015, de 5 de febrero.

El ATS núm. 43/2014 de 23 enero, valida esta actuación cuando establece "En primer lugar, quedó aclarado que fue el propio perjudicado, que en su primera declaración, no pudo identificar a su agresor porque no le conocía, quien le reconoció en unas fotografías de redes sociales y, posteriormente, al coincidir con él en la misma Universidad. En segundo lugar, que la exhibición de fotografías por las unidades policiales, constituía una diligencia simplemente policial e investigativa, plenamente válida, dentro de esa misma naturaleza y, en tercer lugar, que la presencia de Letrado defensor era improcedente, desde el mismo momento en que el reconocimiento estaba dirigido precisamente a la identificación del posible agresor de Isaac". (…)

Por tanto, la prueba de identificación válida con efectos incriminatorios no es ese reconocimiento inicial, sino el reconocimiento de los autores hecho en el acto del juicio oral, con la contundencia y firmeza apreciada por la Sra. Juez de lo Penal, en uso de su percepción directa e inmediata de la prueba, que les llevó a otorgarles plena credibilidad».

3. Redes sociales y competencia judicial

En materia de competencia judicial, las controversias han surgido en la determinación de la competencia territorial. Recordemos a este respecto que con carácter general (y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 bis LECrim en materia de violencia de género), se aplica el fuero de lugar de comisión del hecho delictivo (*forum delicti commissi*).

Ello puede plantear un problema en aquellos supuestos en los que las redes sociales son el medio a través del cual se comete el delito, cuando víctima y victimario no se hallen en el mismo lugar. Imaginemos por ejemplo el caso de un delito de amenazas en el que ésta es proferida por un usuario radicado en Madrid, pero dirigida a una persona que vive en Santiago de Compostela. ¿Sería el lugar de comisión aquél en el que se realiza la actividad o aquél en el que se produce el resultado, esto es, donde se recibe la amenaza?

Situaciones como ésta han generado cuestiones de competencia entre juzgados de distintas partes del territorio nacional, algunas de las cuales han tenido que ser resueltas por el Tribunal Supremo en su condición de órgano inmediato superior común[40].

---

40. ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2017; ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 15 de noviembre de 2017; ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 22 de marzo de 2017; ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 5 de octubre de 2016.

El criterio del Alto Tribunal en estos casos es claro: en los delitos cometidos a través de Internet, son competentes los juzgados del lugar en el que se hayan introducido a la red los contenidos delictivos. Tal solución, como bien indica el Supremo, permitirá una instrucción más ágil y eficaz, especialmente en el caso en que sea necesario acordar diligencias como, por ejemplo, la entrada y registro en el domicilio del investigado o la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

En palabras del Tribunal, el criterio de la ubicuidad —«*subsidiario y útil*»—, resultaría de aplicación «*cuando no se conoce el lugar de comisión del hecho delictivo*»[41].

4. Redes sociales e imparcialidad judicial

Aunque por el momento de manera anecdótica, las redes sociales —o, mejor dicho, las relaciones establecidas en ellas— también han generado controversias en materia de imparcialidad judicial. Más concretamente, en lo relativo a las causas de abstención y recusación del artículo 219 LOPJ y, dentro de ellas, de la denominada «*amistad íntima*»[42].

Un caso de esta índole lo encontramos en la SAP Asturias (Sección 8ª) 191/2014, de 7 de octubre. En él, la parte apelante solicitaba, entre otras cuestiones, la nulidad del juicio oral y de la sentencia de instancia —referida a la publicación de unos memes—, invocando para ello la vulneración del derecho al juez imparcial. Entendía aquella parte que se había producido tal vulneración porque el juez que dictó la resolución recurrida «*era y es seguidor fan declarado de los acusados en la Red de Internet*».

La Audiencia, sin embargo, estimó que no concurría en el caso de autos causa de abstención, toda vez que tener algún contacto vía redes sociales no supone necesariamente tener una amistad y, aun siendo así, ésta no tiene por qué ser «íntima», que es el calificativo que acompaña a la causa novena del 219 LOPJ: «*Pulsar el icono conocido como "me gusta" en una Red Social —en este caso Facebook— no equivale a tener amistad con el autor de la publicación, y mucho menos íntima (término empleado en el artículo 219 de la L.O.P.J. al tratar de las causas de abstención y recusación): significa, por ejemplo, que una foto te parece bonita, que encuentras acertado un comentario, graciosa una publi-*

41. ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 15 de noviembre de 2017.

42. Art. 219 LOPJ: «*Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:* (…) *9.ª Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes*».

cación, etc., y no significa para nada suscribir indiscriminadamente cualquier cosa que publique ese usuario, pues puede gustar una publicación sí y otra no (en este caso no se postula que el "me gusta" del Magistrado-Juez fuera referido a una publicación relativa a Benito) (el apelante)».

5. Modos de acceso al proceso de la información contenida en redes sociales

Procede ahora preguntarse cómo los contenidos de redes sociales pueden ser llevados al proceso judicial. A este respecto, la práctica forense nos muestra dos vías, fundamentalmente: en la primera, la información es aportada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; en la segunda, por los propios implicados.

5.1. Información aportada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

En lo que al primer caso respecta, las resoluciones nos muestran que determinadas unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión rastrear la Red, patrullándola del mismo modo que se patrullan las calles[43]. Y a tal fin, entre otros medios, emplean programas de búsqueda que, mediante la introducción de ciertas palabras, les permiten ir filtrando contenidos[44].

Cuando los agentes se encuentran con información relevante, proceden a levantar un acta. El documento que constituye el acta será llevado como prueba al proceso y el agente que la elaboró, además, será citado a declarar como testigo[45].

---

43. *Vid.* SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 14/2015, de 25 de mayo: «En este sentido, el funcionario del CNP (…) *instructor de las diligencias* (…) *manifestó al Tribunal en relación al perfil del acusado que "Les llamó la atención el perfil de Facebook. El perfil de Facebook, era accesible a todo el público en general. Enseguida detectan el perfil, ya que está abierto a todo el mundo, y en él se repiten mensajes sobre el GRAPO* (…). *Entonces, se pide, a través del JCI, la intervención. Sólo conocían el nombre de la cuenta, y se pide un oficio a Facebook, para que diga desde qué IP se han hecho los comentarios.* (…) *Cuando por fin contesta Facebook, les trae una IP que pertenece a la Compañía ONO, y se solicita al JCI que se averigüe a quién se ha asignado esa IP*"».
La STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 72/2018, de 9 de febrero, revela, además, la existencia de una dirección de correo a la que los usuarios se pueden dirigir: «*Ante tales comentarios, la cuenta de correo de la unidad policial Grupo de redes II (Unidad de control, seguimiento y análisis preventivo de los contenidos publicados en las diferentes redes sociales, entre tales Twitter) recibió correos de ciudadanos, quejándose*».

44. Así lo manifiesta la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 12/2017, de 21 de marzo, en la que se explica que esa labor de rastreo se efectúa «*mediante programas que buscaban ciertas palabras*».
Por otro lado, la SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 24/2016, de 19 de julio, reconoce, además, el uso por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la aplicación «all my tweets», la cual «*permite la descarga de los mensajes de texto, para ser visualizados concisamente*».

45. *E. g*., STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 655/2017, de 5 de octubre: «b) *Prueba testifical integrada por los testimonios de miembros de la policía nacional que intervinieron en la investigación*. (…) 2) *Testigo del C.N.P. número*

Ahora bien, este patrullaje virtual sólo es posible si las cuentas son públicas, esto es, si son de libre acceso para cualquier usuario. Ello acontece, por ejemplo, con la práctica totalidad de las cuentas de Twitter, que son públicas por defecto[46].

En ocasiones, la defensa de los acusados ha alegado que esta actuación por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es ilegítima, llegando a calificarla de prospectiva e incluso de una suerte de inquisición general. Sin embargo, en orden a despejar cualquier posible duda sobre la legitimidad de esta actuación, la jurisprudencia la ha ratificado en sus resoluciones.

Sirva de ejemplo la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 11/2017, de 17 de marzo: «*La investigación de la Guardia Civil se inició mediante un rastreo en internet* (…) *esta labor en las redes sociales públicas entra dentro de las funciones que corresponden legalmente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dentro de sus funciones establece: prevenir la comisión de actos delictivos; e investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables. Las fuerzas y cuerpos de seguridad patrullan por la Red del mismo modo que sus agentes patrullan por las calles. No se puede confundir esta investigación legítima por los lugares públicos de las redes sociales, con una investigación prospectiva prohibida cuando afecte a los derechos fundamentales, ya sea al secreto de las comunicaciones, a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio, reconocidos en la Constitución*»[47].

Tal y como adelanta esta sentencia, cuestión distinta sería que nuestras cuentas no fuesen públicas o que, aun siéndolo, se pretendiese acceder a una aplicación de las mismas cuyo acceso fuese ajeno a los restantes usuarios. Por ejemplo, a los mensajes directos de Twitter o a los privados de Facebook, que no son otra cosa que mensajes privados enviados entre dos cuentas, los cuales

---

NUM006, que levantó las actas de Facebook, ratificando su contenido, en el que se detectan fotografías en abierto con contenidos del Daesh y publicaciones de odio a España».

46. En otras, como Facebook, la regla general suele ser la contraria: para poder acceder a los perfiles de los usuarios es precisa la previa aceptación de una petición de amistad.

47. Con mayor rotundidad niega el carácter prospectivo de estas pesquisas —tal y como había sido calificado en el caso de autos por la defensa del acusado— la SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2016, de 1 de marzo: «*La Comandancia de la Guardia Civil no efectuó un rastreo en las redes sociales como una suerte de inquisición general sino que detectan diferentes usuarios que pudieran estar incurriendo o hubiesen ya incurrido en determinadas conductas que pudieran revestir particularidades delictivas, las cuales habrían aflorado previamente , por ello no es reprochable que las unidades policiales extiendan sus investigaciones a un amplio espectro de personas que aparecen en las diferentes redes sociales difundiendo mensajes de alabanza o justificación del terrorismo, y de menosprecio o humillación a las víctimas de aquél; por tanto, la simple "noticia criminis" es suficiente para que se ponga en marcha la investigación del delito*».

sólo pueden ser vistos por remitente y destinatario, como si de una suerte de un correo electrónico se tratare[48].

En tales casos, la previa autorización judicial para el acceso a los contenidos sería imprescindible. En este supuesto, el régimen jurídico aplicable sería el de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, previsto en los artículos 588 ter a) y siguientes LECrim[49]. Ahora bien, si se procediese a la aprehensión de un terminal —como el teléfono móvil— con el fin de extraer la información que contiene, se aplicaría el régimen de la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información —arts. 588 sexies a) y ss. LECrim—[50]. En este último caso se efectuaría un volcado de la información para proceder a su posterior análisis[51].

5.2. Información aportada por los propios implicados

Como indicábamos *supra*, la otra gran vía de acceso de la información pasa por que ésta sea facilitada por los propios implicados en el proceso[52].

Sin embargo, no existe en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ningún precepto en el que se prevea la aportación de fuentes de prueba en la fase de instrucción por las partes personadas (y no hablamos del supuesto específico de las redes sociales, sino con carácter general).

La única referencia normativa la encontramos en el artículo 11 b) Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, referencia que podemos

---

48. Sobre la intervención del correo electrónico, *vid.* Alonso Salgado, C., «Algunos elementos problemáticos de la intervención del correo electrónico como diligencia de investigación en el sistema penal español. Un camino de claroscuros», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 126-147.

49. Un estudio sobre esta diligencia de investigación puede encontrarse en Rodríguez Álvarez, A., «Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-182. Más escuetamente, *cfr.* Rodríguez Álvarez, A., «La intervención de las comunicaciones y telemáticas: algunas dudas y reflexiones en torno a su vigente regulación», en Bueno de Mata, F. (Dir.), *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (volumen I), Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 339-353.
Sobre la concreta intervención de las comunicaciones telemáticas entre abogado e investigado, *vid.* Rodríguez Álvarez, A. y García Monteagudo, A., «La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas entre el abogado y el investigado», en Bueno de Mata, F. (Dir.), *Fodertics 6.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2017, pp. 183-194.

50. En relación a esta diligencia, *cfr.* Rodríguez Álvarez, A., «Diligencia de registro de dispositivos y "smartphones"», en Bueno de Mata, F. (Dir.), *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2016, pp. 255-263.

51. Como al que se refiere la SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 30/2015, de 15 de julio.

52. Nada impediría tampoco que lo hiciera un tercero, siempre que pueda acceder lícitamente a los contenidos.

calificar de parcial —en la medida en que viene referida exclusivamente a la víctima— y, desde luego, insuficiente —por ser meramente enunciativa—. Conforme a su tenor literal: «*Toda víctima tiene derecho:* (…) *b) A comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos*».

Ello no es óbice, empero, para que dicha aportación sí sea posible. En consecuencia, las partes personadas podrán proporcionar en fase de instrucción información contenida en las redes sociales, tanto de sus propios perfiles, como de perfiles ajenos a cuyo contenido pueda lícitamente acceder[53]. En este sentido, la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 2/2012, de 17 de enero, afirma que «*es importante destacar que la información que se coloca en la red es para su conocimiento por los distintos usuarios autorizados y por lo tanto cualquier usuario autorizado puede disponer de dicha información*».

La STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 864/2015, de 10 de diciembre, hace referencia a un interesante caso en el que la validez probatoria de unas conversaciones privadas se ponía en cuestión, al haber sido facilitadas, no por una de las interlocutoras —menor y presunta víctima—, sino por su madre.

El Alto Tribunal, aun partiendo de la incontestable titularidad del derecho a la intimidad de la menor, estimó que la prueba era perfectamente válida. Entre otras razones, aduce que la progenitora disponía de la clave de acceso a la cuenta que su hija tenía en Facebook. Ello conduce a afirmar que «*Si la afectación a la intimidad proviene de un particular que está autorizado para acceder a ese ámbito de privacidad, que desvela, aunque abuse de la confianza concedida, no se activa la garantía reforzada del art. 11.1 LOPJ*».

Pero es que además quien accede es la persona titular de la patria potestad, debido a la existencia de «*signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija*». Ostentando tal titularidad, con buen criterio afirma el Supremo que «*No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban*

---

53. Aunque referido a los correos electrónicos, en esta misma línea se pronuncia Velasco Núñez, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, p. 118, cuando afirma que «*Respecto a la posibilidad de que uno de los comunicantes pueda presentar como prueba al juzgado el correo que le afecta, sin consentimiento del otro comunicante o aun con su oposición, se debe estar a favor de posicionarse rotundamente a su favor.* (…) *sus protagonistas, ya sea como emisores, ya como receptores, pueden en cualquier momento desvelar el contenido de la comunicación, y su aportación al proceso (v. gr., como cuerpo del delito, hecha por el denunciante) es perfectamente válida*».

inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar».

A pesar de que el Tribunal no se pronuncia expresamente, estimamos que tales conclusiones serían extrapolables a aquellos supuestos en los que la presunta víctima sea una persona incapacitada judicialmente y el acceso se efectúe por quienes ejercen su tutela[54].

Dejando a un lado esta cuestión, en lo que a la fase de juicio oral atañe, las partes tendrán que proponer las pruebas de que intenten valerse en sus correspondientes escritos de calificación provisional, de acusación o de defensa. En el procedimiento abreviado, téngase en cuenta, además, que el 785.1.II LECrim prevé que la parte a quien le fue denegada la admisión de la prueba propuesta, podrá «*reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan*». Con todo, más allá de estos momentos procesales, no será posible su aportación[55].

Surge en este punto una duda, y es a través de qué medio de prueba se introduce en el proceso esta información contenida en redes sociales. En este sentido, es importante tener presente que la LECrim no regula un medio de prueba análogo al del artículo 299.2 LEC[56] y que, en puridad, tampoco ofrece una auténtica regulación de la prueba documental, pues la única previsión al respecto se contiene en el 726 LECrim: «*El Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad*».

---

54. Arrabal Platero, P., «El whatsapp como fuente de prueba», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 359 y 360, alude a un caso en el que, sin embargo, el acceso fue calificado acertadamente como ilícito, al no hallarse el tercero en una situación análoga a la señalada *supra*: «*respecto de Whatsapp, encontramos el ejemplo del Juzgado de lo Penal número 4 de Girona, que en fecha de 28 de junio de 2015, ha condenado al acusado por descargar imágenes y conversaciones del terminal móvil de su pareja, sin su consentimiento y con el fin de aportarlas a un juicio civil de divorcio. A la vista, pues, de la doctrina es claro que quien no forme parte de una conversación de Whatsapp no podrá aportarla al proceso como fuente de prueba*».

55. En el mismo sentido, Pardo Iranzo, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 182.

56. Relativo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como a los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas.

Por si no fuera suficiente, tampoco disponemos de una definición de lo que, a efectos procesales penales, ha de entenderse como documento[57]. Y es que, si bien el artículo 26 CP establece que «*se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*»[58], el precepto se pronuncia, tal y como reza su tenor literal, «*A los efectos de este Código*».

Esta última circunstancia no es óbice, sin embargo, para que se considere que la noción de documento a efectos procesales penales deba adscribirse igualmente a una concepción amplia, en línea con la teoría de la representación que acoge el propio 26 CP[59].

Varios argumentos justifican, en nuestra opinión, este posicionamiento: en primer lugar, la necesidad de superar la consideración tradicional de documento, obsoleta en un mundo dominado por las TICs; en segundo, las posibles distorsiones que en la práctica podría acarrear el hecho de que un documento a efectos penales deba ser introducido a través de un medio de prueba distinto de la documental[60]. Por último, y quizás más importante, porque siendo los medios de prueba —que no las fuentes— tasados en nuestra legislación procesal, no existe en la actualidad otra vía para introducir los documentos electrónicos en el proceso penal[61]. Por tanto, los documentos en los que se contiene

---

57. En todo caso, dejaremos a un lado el debate sobre lo que deba ser considerado como documento a efectos casacionales *ex* 849.2º LECrim.

58. Una definición que permite acoger los más diversos soportes, como pone de relieve la SAP Madrid (Sección 23ª) 356/2017, de 29 de mayo: «*Nuestro Código Penal en su art. 26 determina que se considera documento a los efectos penales, todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Y hoy, qué se entiende por documento, sin duda, es algo que ha variado con la informática, pues si antaño era un papel físico, hoy también es un archivo digital que puede ser visualizado o compartido a través de un ordenador, por lo que documento también puede ser un texto o imagen digital, un archivo de sonido o vídeo*».

59. AIGE MUT, M. B., *Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso*, Civitas-Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 32, define la teoría de la representación como «*aquella en la que se identifica al documento con todo aquel objeto representativo o que pueda informar sobre un hecho u otro objeto, siempre existiendo un soporte material. Igualmente, en esta teoría también podemos incorporar el concepto de documento electrónico como objeto que informa sobre un hecho en un soporte material (puesto que dicho documento siempre se encontrará en un soporte físico, como se ha señalado anteriormente, bien sea un disco duro, un servidor, un CD-ROM…)*».
Sobre las diversas concepciones de documento puede consultarse también, *e. g.*, CARRASCOSA LÓPEZ, V., «El documento electrónico como medio de prueba», en ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, pp. 191 y 192; PARDO IRANZO, V., *La prueba documental…*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.; y SANCHÍS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 60 y ss.

60. Sobre la incidencia en el orden procesal penal de la definición del 26 CP, *vid.* AIGE MUT, M. B., *Los documentos electrónicos…*, *op. cit.*, pp. 68 y ss.; y ELÍAS BATURONES, J. J., *La prueba de documentos electrónicos en los tribunales de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 36 y ss.

61. Es precisamente la existencia de la previsión del 726 LECrim en materia de prueba documental, unido al carácter tasado de los medios de prueba, lo que nos hace excluir una eventual supletoriedad de la regulación de la LEC (*ex* artículo 4 LEC) y, en concreto, de las previsiones sobre la prueba a través de medios e instrumentos del 299.2 LEC.
En un sentido similar, PARDO IRANZO, V., *La prueba documental…*, *op. cit.*, p. 156, afirma que «*la creación de esos nuevos medios para el proceso civil no es trasladable al penal, lo que sí es trasladable es, sobre la base de los medios de*

la información obtenida en los perfiles de las redes sociales, deben ser en todo caso propuestos a través del medio de prueba documental[62].

De ser admitida la prueba, su práctica se regirá por lo dispuesto en el 726 LECrim. Pero este precepto, como apuntábamos, se limita a señalar (en lo que a nuestro interés concierne) que el tribunal examinará por sí mismo los documentos, sin ulteriores indicaciones al respecto. Por supuesto, ello no es óbice para considerar que es posible —y, de hecho, es lo deseable[63]— dar lectura en el plenario al contenido de los documentos electrónicos, o bien reproducirlos mediante los soportes de almacenamiento en que se hayan aportado[64], abrién-

---

prueba recogidos en la LECrim, la forma de practicar la prueba que podríamos denominar prueba por soportes informáticos. Así, por ejemplo, la LEC se aplicará como supletoria para permitir la reproducción ante el tribunal (…) *de un DVD o la posibilidad de que la parte aporte los dictámenes o medios de prueba instrumentales que considere convenientes*».

62. Algunas resoluciones también hacen referencia a la aportación de mensajes transmitidos vía redes sociales mediante la prueba documental, aunque sin entrar a analizar la cuestión ni ir más allá. *E. g.*, SAP Madrid (Sección 6ª) 412/2017, de 23 de junio; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 174/2017, de 21 de marzo; SAP Madrid (Sección 6ª) 375/2016, de 21 de junio; SAP Valencia (Sección 3ª) 858/2015, de 3 de diciembre; SAP Madrid (Sección 17ª) 612/2015, de 11 de septiembre; SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) 371/2014, de 30 de septiembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 2/2012, de 17 de enero.
A la proposición como documental también se refieren, *v. gr.*, Castillejo Manzanares, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, 2010, p. 159; Delgado Martín, J., «La prueba electrónica en el proceso penal», *Diario La Ley*, número 8167, 10 de octubre de 2013, p. 9; Elías Baturones, J. J., *La prueba de documentos electrónicos*…, *op. cit.*, p. 123; Pardo Iranzo, V., *La prueba documental*…, *op. cit.*, p. 163; o Velasco Núñez, E., *Delitos cometidos a través*…, *op. cit.*, p. 250.

63. Sobre la lectura de los documentos, *vid.* ampliamente Climent Durán, C., *La prueba documental. Proceso penal*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1995, pp. 74 y ss. El autor señala que «*En la práctica procesal diaria no es ésta* [la lectura pública durante la sesión del juicio oral] *la manera más frecuente de realizar la prueba documental, pero constituye el modo más completo de practicarla*».
Pardo Iranzo, V., *La prueba documental*…, *op. cit.*, p. 213, aboga porque la LECrim exija «*la lectura de los documentos necesariamente en el juicio oral a pesar de los inconvenientes prácticos que ello, en ocasiones, pueda acarrear*».
Con un posicionamiento más estricto, Montero Aroca, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 282 y 283, sostiene que la lectura es necesaria en todo caso: «*Dado que la prueba ha de practicarse en el juicio oral (art. 741), no puede entenderse que el art. 726 supone que no ha de hacerse otra mención de los documentos en la vista del juicio oral. Los documentos en sentido estricto han de ser leídos en la vista; esa exigencia es la que antes se cumplía simplemente con la fórmula de "dar por reproducidos", pero esto es hoy inadmisible* (…).
El documento, pues, se lee en la vista del juicio oral y por ese camino se convierte en prueba, es decir, en eso consiste el procedimiento de su práctica, y es indiferente el momento en que haya entrado en las actuaciones, en la instrucción o en la proposición de prueba de las calificaciones provisionales, aunque en esa proposición siempre habrá de hacerse la propuesta del documento como prueba. El procedimiento probatorio en la fase de juicio oral consistirá, por tanto, en la proposición en las calificaciones provisionales y en la práctica por medio de la lectura en la vista».

64. Por ejemplo, la SAP Madrid (Sección 7ª) 180/2013, de 31 de mayo, hace referencia al «*visionado de un CD en el que se contenían los mensajes* [de Twitter] *que se cuestionan*».
Discrepamos con Castillejo Manzanares, R., *Hacia un nuevo proceso*…, *op. cit.*, p. 159; y Pardo Iranzo, V., *La prueba documental*…, *op. cit.*, p. 163, cuando afirman que la visualización del documento electrónico en el acto del juicio es la forma de practicar esta prueba porque, a diferencia del documento tradicional, aquél requiere necesariamente la visualización o audición del mismo. Y ello porque, si bien consideramos preferible que las partes aporten la información en soportes de almacenamiento y no mediante impresiones en papel, nada impide esto último. Una decisión en este sentido podrá tener su repercusión, por ejemplo, en materia de valoración probatoria, pero no imposibilitará que, de ser admitida, se pueda proceder a la lectura de su contenido en el plenario.

dose a continuación un debate sobre esas fuentes de prueba y garantizándose en todo caso el principio de contradicción.

Con todo, aunque las partes no solicitasen su lectura en el plenario, es probable que en un buen número de supuestos el contenido de los documentos electrónicos acabe siendo reproducido en todo o en parte, ya sea con ocasión de las preguntas que en los respectivos interrogatorios se formulen a sus emisores y/o receptores; ya al hilo de la exposición de los informes periciales que corroboren —o no— la autenticidad e integridad de sus contenidos.

6. Soportes de la información y valoración de la prueba

Una vez que conocemos la vía procedimental de acceso de esta información, cabe preguntarse en qué soporte debe ser entregada. La práctica forense pone de relieve varias opciones. En ocasiones, los pantallazos se imprimen directamente en papel y son estos folios los que se aportan a la causa[65]. En otras, se entrega un archivo de imagen con la captura de pantalla[66].

Otra modalidad que las sentencias recogen pasa por la transcripción de los mensajes y su posterior cotejo en el juzgado[67]: esto es, el interesado lleva impresos los mensajes y el letrado de la Administración de Justicia comprueba

---

65. En el extremo contrario nos encontramos con el caso al que se refiere la SAP A Coruña (Sección 6ª) 273/2016, de 30 de diciembre —se trataba de un delito leve de amenazas—, en el que ni tan siquiera se aportó un documento impreso: «*ni siquiera se ha aportado a la causa un archivo de impresión de las comunicaciones referidas en el relato de hechos probados. En la grabación del juicio se ve como la denunciante enseña a la juez su teléfono móvil. Pero no es posible saber lo que la juez vio, ni desde que número de teléfono o terminal se enviaron los mensajes. En esas condiciones no resulta posible comprobar que prueba se ha valorado, ni puede la parte impugnar con plenas garantías una prueba que desconoce. La imposibilidad de examinar en segunda instancia si esa prueba se valoró correctamente impide tomarla en consideración. De modo que la única prueba subsistente es la declaración de la denunciante, sin una corroboración objetiva de carácter periférico, que al parecer existía y de la que debió quedar constancia en la causa.*
La declaración de la denunciante por sí sola, sin la corroboración objetiva de la que hubiera sido menester dejar constancia en la causa, cuando además existe animadversión con la denunciada, no es prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia».

66. SAP Valladolid (Sección 2ª) 346/2014, de 19 de noviembre: «*también en las fotografías que del teléfono móvil de la menor adjuntó la Guardia Civil* (…), *ya que según consta en el oficio, Marisa accedió en su presencia a su cuenta de Tuenti a través de un ordenador* (…) *haciendo los agentes fotografías de las pantallas correspondientes a la conversación, que coinciden exactamente con las hojas impresas que fueron aportadas por la Acusación Particular*».

67. O simplemente su transcripción y posterior puesta a disposición del terminal. *Vid.* SAP Madrid (Sección 17ª) 612/2015, de 11 de septiembre: «*la acusación particular presentó esas transcripciones al comienzo del juicio, poniendo a disposición del tribunal el teléfono de la receptora de los mensajes para que se pudiera comprobar, consultando su archivo, la existencia y contenido de éstos. El Juez admitió esa aportación e interinamente no consideró precisa el cotejo de las transcripciones con los "originales", dando traslado de ella al Ministerio Fiscal y a la Defensa, sino que ni uno ni otro las impugnaran*».
Por otro lado, en un caso de delito leve de injurias, la SAP Zaragoza (Sección 1ª) 54/2017, de 26 de mayo, señala que, sin efectuar tal cotejo, se mostró directamente el teléfono: «*desde el inicio del proceso ha mostrado al Juzgado su teléfono con los mensajes insultantes que le ha remitido el acusado y se comprometió, como se le indicó, a aportar a las actuaciones capturas de pantalla de los mensajes que mostró en sus declaraciones, como ha hecho*».

que lo que está allí reflejado se corresponde con la información almacenada en el perfil de la red social[68].

También es posible (aunque en nuestra opinión no resulta muy útil) que las partes entreguen un acta notarial en la que el fedatario público confirme que esa información que se pretende incorporar al proceso está publicada, en efecto, en una determinada red social. Ahora bien, a pesar de que ese documento notarial pueda ser admitido, el acta no garantiza la autenticidad de los mensajes.

En este sentido, la SAP Asturias (Sección 8ª) 39/2017, de 15 de febrero, explica cómo el propio notario advirtió a la compareciente de que el acta de constancia otorgada no presuponía ni la existencia ni la veracidad del contenido de los mensajes (en este caso, de la aplicación whatsapp), toda vez que éstos podían haber sido manipulados y él carecía de los conocimientos informáticos suficientes para percatarse de ello. En consecuencia, el no podía dar fe ni de la autoría de las conversaciones, ni de su autenticidad: únicamente podía dar fe de que tales conversaciones se hallaban almacenadas en el terminal.

Este problema, desde luego, no es exclusivo de las actas notariales. Ya se trate de un documento impreso, de un archivo de imagen o de un acta del letrado de la Administración de Justicia tras un previo cotejo, se plantea igualmente una cuestión en absoluto baladí: la de que nada garantiza la autenticidad e integridad de los contenidos aportados.

Por ello, siempre resulta conveniente que estos documentos vayan acompañados de una pericial informática. Mediante ella, un experto podría garantizar, en su caso, que el mensaje fue emitido por quien figura como su autor y que no se produjo ningún tipo de manipulación en su contenido.

La pregunta que nos surge a continuación es qué sucede si carecemos de esa pericial y la validez de la información es impugnada por la contraparte: ¿serviría igualmente la información contenida en redes sociales como prueba?

En nuestra opinión, aun partiendo de que la pericial resulta, desde luego, sumamente aconsejable, no puede descartarse de plano la validez y la eventual consideración del documento electrónico como prueba de cargo si aquélla no llegara a practicarse. Antes bien, el documento electrónico constituiría un elemento probatorio más, el cual, junto con los restantes que se desprendan de

68. *Cfr.* SAP Madrid (Sección 26ª) 583/2017, de 18 de octubre; SAP Madrid (Sección 2ª) 299/2017, de 8 de mayo; SAP Madrid (Sección 17ª) 612/2015, de 11 de septiembre.

los medios de prueba practicados, puede coadyuvar a formar en uno u otro sentido la convicción judicial.

El Tribunal Supremo, en su conocida STS 300/2015, de 19 de mayo, parece seguir una línea distinta a la aquí sostenida. En el supuesto de autos se aducía la manipulación de unas conversaciones mantenidas a través de la desaparecida red social Tuenti, las cuales habían sido aportadas como fuente de prueba a la causa. En relación a ellas, el Alto Tribunal sostenía que «*la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido*».

Del tenor literal de este extracto parece desprenderse la obligatoriedad de presentar un informe pericial en el supuesto analizado (existencia de una información en redes sociales contradicha por la contraparte). Sin embargo, la interpretación por la que se decantó finalmente el Supremo en esa misma resolución no fue tan tajante como en un primer momento parece enunciar. Y es que, a pesar de no haberse aportado la consabida prueba pericial, el Tribunal de casación sostiene: «*en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Ana María fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima —Ana María— y el testigo —Constancio—mantuvieron aquel diálogo*».

Más recientemente, alguna jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha declarado que la exigencia de la prueba pericial puede resultar desproporcionada en algunos casos, como, por ejemplo, en los delitos leves[69].

Corolario de lo apuntado es que, como ya indicamos *supra*, el informe pericial, si bien es recomendable[70], no es requisito *sine qua non* de la eventual validez

69. SAP Madrid (Sección 2ª) 299/2017, de 8 de mayo; SAP A Coruña (Sección 6ª) 273/2016, de 30 de diciembre.

70. Pues como señaló el Tribunal Supremo en la ya citada STS 300/2015, de 19 de mayo: «*la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre*

probatoria de los mensajes. Ello no impide afirmar, sin embargo, que un único pantallazo, por sí solo y sin ninguna otra fuente de prueba que lo acompañe, difícilmente será suficiente para enervar la presunción de inocencia. Carecerá —como afirmó el Tribunal Supremo en relación a una captura de pantalla de Facebook— de «*autosuficiencia probatoria*»[71].

Con todo, lo cierto es que incluso si la validez de los mensajes se descarta —con pericial o sin ella—, nada impide que las restantes pruebas de cargo practicadas sean suficientes para sustentar una condena. Ejemplo de ello lo encontramos en el ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1423/2017, de 28 de septiembre: «*A propósito de las transcripciones de "wasap" y del quebrantamiento de la cadena de custodia, es de remarcar que la propia sentencia dice que la presunción de inocencia se podría tener por enervada con la prueba citada hasta el momento; percepción que comparte esta Sala. Por tanto, el posible defecto formal que pudiera afectar a la transcripción de las conversaciones, así como a la cadena de custodia del móvil es irrelevante en el sentido de que la presunción de inocencia se tiene por enervada, dado el resto de las pruebas practicadas que acreditan los hechos que se declararon probados.* (…) *Estos medios de prueba fueron la declaración de la víctima, que cumple con los requisitos de ausencia de motivos espurios, persistencia, coherencia y verosimilitud; la testifical de su madre; y las periciales de las médicos forenses que la examinaron, así como la psicológica*».

Así las cosas, la mencionada SAP Asturias (Sección 8ª) 39/2017, de 15 de febrero, resumiría a la perfección la actual línea imperante: «*si se impugna la prueba del contenido de mensajes de whatsapp, tuenti, etc., es decir la autenticidad de dicha conversación, la persona que quiere valerse de dicha prueba debería practicar una prueba pericial que identifique el origen de la conversación, los interlocutores y el contenido, por lo que la carga de la prueba del contenido del mensaje recae sobre esa persona. Con ello, lo que el Alto Tribunal está diciendo es que quien quiera hacer valer una conversación* (…) *como prueba en juicio debe aportar prueba de que efectivamente es auténtica.*

3º. No obstante lo anterior, el Juez valorará los mensajes (…) *con el resto de pruebas practicadas, teniendo en cuenta la postura de las partes al respecto de dicha prueba*».

En todo caso, recordemos que el juez valorará esta prueba —al igual que las restantes practicadas en el juicio— «*según su conciencia*», tal y como exige el artículo 741 LECrim.

---

creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo».

71. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 782/2016, de 19 de octubre.

7. Condenas y redes sociales

Las redes sociales también inciden en los fallos condenatorios de las sentencias. Y lo hacen, fundamentalmente, a través de diferentes medidas que en ocasiones acompañan a las restantes penas que se imponen a los acusados.

Una de esas medidas es el eventual cierre de la cuenta de la red social a través de la cual se cometió el ilícito penal[72]. Junto con ello, otras sentencias se limitan a imponer el borrado de los mensajes calificados como delictivos, sin que ello suponga la desaparición del perfil[73].

Por otro lado, no es extraño que se acuerde el comiso y posterior destrucción de los ordenadores y/o teléfonos móviles del acusado de los que se sirvió el condenado para cometer tales infracciones[74].

Menos frecuente resulta que las sentencias impongan la publicación en el perfil de la red social de la existencia de la condena. No obstante, la jurisprudencia muestra también ejemplos de esta práctica. Así, la sentencia del 22 de mayo de 2013 del Juzgado de Instrucción número 35 de Madrid —de la que trae causa la SAP Madrid (Sección 7ª) 285/2013, de 15 de noviembre—, disponía, entre otros pronunciamientos, la publicación del contenido del fallo durante tres meses en la cuenta de Twitter.

Esta condena fue cuestionada por el recurrente, quien, además de indicar que no era merecedor de la misma, señalaba que desconocía «*cómo habría de llevarse a cabo cuando solo se pueden publicar ciento cuarenta caracteres*[75] *y* (…) *si conlleva que la publicación se mantenga tres meses o que sea el recurrente el que durante tres meses se dedique a publicar el fallo de una sentencia con los problemas que se pueden derivar de tal pretensión*».

La Audiencia, sin embargo, no aclaró este extremo, pues se limitó a señalar que «*será con ocasión de la ejecución de la sentencia cuando pueda* [el recurrente]

72. Condenan al cierre de cuentas, *inter alia*, SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 34/2017, de 4 de diciembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo; SJI Cerdanyola del Vallès número 8 25/017, de 15 de marzo; SJP Madrid número 24 169/2014, de 6 de mayo.

73. Condena al borrado de mensajes, *e. g.*, SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 9/2017, de 29 de marzo.

74. Condenan al comiso y destrucción de ordenadores y/o teléfonos móviles, entre otras, SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 6/2017, de 9 de marzo; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 37/2016, de 16 de noviembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 29/2016, de 21 de septiembre; SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 7/2016, de 4 de febrero.

75. Límite de caracteres vigente por entonces.

promover una solicitud de aclaración o un incidente sobre esta cuestión, sin que este tribunal tenga que pronunciarse sobre dicha cuestión en esta alzada»[76].

Ante una circunstancia como ésta, una posible opción pasaría por hacer una sucinta mención a la condena en el *tweet* y, empleando un acortador de URL, incluir una dirección web que redireccione al contenido íntegro de la resolución. Otra, que se procediese a la publicación del fallo mediante *tweets* sucesivos; o, incluso, de una eventual imagen[77].

En Facebook, sin embargo, no se plantearía este problema. Y es que, aunque existe una limitación de caracteres, ésta es tan amplia (supera los 60.000 caracteres) que en modo alguno impediría la publicación de la parte dispositiva de la sentencia —sin perjuicio de que también cabría la publicación de una imagen—.

La última incidencia de las redes sociales en los fallos condenatorios tiene que ver con las prohibiciones de comunicación[78]. Y ello porque, cuando se impone una medida de este tipo, es claro que en la actualidad abarca no sólo las comunicaciones más tradicionales, sino también —como no podía ser de otro modo— las relacionadas con las redes sociales.

Por tanto la prohibición de comunicación se quebrantará si se envía un mensaje directo o privado; si se escribe directamente en el perfil de la víctima; si se escribe un mensaje que incluya la denominada «mención» a ésta —pues tal mensaje aparecerá en su *timeline*—; e incluso si se da un «me gusta» a una de sus publicaciones.

En relación a los «me gusta» y las prohibiciones de comunicación, la SAP Madrid (Sección 1ª) 291/2017, de 20 de noviembre, se pronunció en esta misma línea: «*tampoco puede comunicarse con él, y ello integra que no pueda hacer-*

---

76. También la SJP número 24 Madrid 169/2014, de 6 de mayo, obliga a la publicación de la sentencia, aunque no concreta el modo en que ha de hacerse.
Por su parte, la SAP Tarragona (Sección 2ª) 141/2016, de 30 de marzo, recoge que la sentencia de la que trae causa el recurso de apelación imponía la publicación de la condena, si bien la supeditaba a la petición de la perjudicada en fase de ejecución: «*Una vez declarada la firmeza de la presente resolución se procederá, a costa de la condenada, a la publicación o divulgación de la sentencia, si la perjudicada lo solicitare en la ejecución de la presente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 del Código Penal, previa audiencia de las partes personadas, en el perfil personal actual de Facebook, de Doña Milagros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 del Código Penal*».

77. En este punto, lo cierto es que las condenas civiles suelen ser más explícitas, llegando a indicar el contenido del mensaje y el modo de publicación para el caso de que se rebasen el límite de caracteres. Sirva de ejemplo, la SJPI número 5 Pamplona 213/2012, de 15 de octubre, que no sólo ordena cómo se ha de proceder para publicar el fallo, sino que incluso facilita el contenido del mensaje: «*El texto del mensaje será el siguiente: "Publico este tuit en cumplimiento de la sentencia de 11.10.12 del Juzgado de 1ª instancia 5 de Pamplona, que declara que los tuits que remití el 18.03.11 vulneran el honor de Doña Josefa". (Si el texto no cabe en un solo tweet se enviará en varios hasta completarlo, uno a continuación del otro)*».

78. Prohibiciones que también se imponen como medida cautelar.

lo ni personalmente por cualquier medio como el correo simple o el correo electrónico, o los tecnológicos antes citados, y de ninguna manera, pudiendo entenderse que tal comunicación existiría por el mero de que en el perfil de Facebook del denunciante se accediera a comunicarse el condenado con un mero "me gusta"; cuestión esta polémica doctrinalmente, pero que integraría una infracción de esta prohibición de comunicación que se impone, pero que es siempre, y en cualquier caso, una comunicación con el perfil privado de una persona en Facebook (…). *De ahí que expresiones tales como un "me gusta" a una foto o comentario del titular de un perfil subida a Facebook por el denunciante, supondría un acto de comunicación al serlo entre afectado/condenado por la orden de prohibición de comunicación "por cualquier medio" y el perjudicado, ya que ello es lo que se pretende que no ocurra con la pena, esto es que el condenado no se comunique "de ninguna manera" con la víctima*».

Más allá de estos supuestos, cabría preguntarse si el mero hecho de escribir en una cuenta mensajes destinados a la víctima pero sin efectuar la consabida «mención», permitiría también estimar quebrantada la prohibición de comunicación.

A pesar de que habría que efectuar una cautelosísima valoración *ad casum*, en nuestra opinión, en determinadas ocasiones sí podría entenderse quebrantada la prohibición de comunicación aunque no se incluyesen las denominadas «menciones» a la persona protegida, ni se le enviasen mensajes directamente a sus perfiles. Y ello atendiendo a un criterio teleológico, ya que se estaría utilizando esta plataforma con el fin de que esos mensajes (o, más bien, la repercusión que los mismos generen) lleguen a la víctima. Esto es, existiría una voluntad de comunicarse, la cual se llevaría a cabo de un modo «indirecto», para tratar de eludir la prohibición impuesta.

No obstante, la jurisprudencia ha entendido que no existía tal quebrantamiento en un supuesto en el que el acusado, aun escribiendo mensajes en Twitter claramente dirigidos a la víctima, la había bloqueado previamente en esta red social: «*no cabe considerar la conducta desarrollada por el recurrente* (…) *como subsumible en el tipo penal de quebrantamiento de condena aplicado* (…) *pues tratándose de comentarios verificados en la red social citada a la que no tiene acceso la víctima, y ello por expreso bloqueo del titular de la cuenta, no cabe considerar que con tales comentarios se perseguía por el recurrente la finalidad de comunicarse con su ex novia, quien tomó conocimiento de tales comentarios, porque así se lo manifestaron dos amigos, respecto de los que nada consta que pudiera sustentar la posibilidad de que fueran utilizados por el recurrente, a modo de personas interpuestas, para vulnerar la prohibición de comunicación en forma indirecta*» —SAP Asturias (Sección 3ª) 131/2016, de 29 de marzo—.

Con todo, desconocemos si la decisión de la Audiencia Provincial hubiese sido la misma si no se hubiera producido el previo bloqueo de la usuaria.

También se podría producir el quebrantamiento cuando la persona sobre la que recae la medida se convierta en seguidora en Twitter o Instagram de la protegida. Y ello porque tal situación implica la realización de una acción, como es la de pulsar el botón «Seguir» en el perfil del usuario, que supone una puesta en contacto. Desde luego, una puesta en contacto diferente a la tradicional, pero no por ello pierde tal condición. A fin de cuentas, el concepto comunicación en su sentido tradicional ha cambiado con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información: sin duda, se ha vuelto más líquido y sus contornos se han desdibujado. A idéntica conclusión podría llegarse, por ejemplo, en los casos de envío de solicitudes de amistad vía Facebook.

Sin embargo, algunas resoluciones no parecen compartir este criterio. Así, el AAP A Coruña (Sección 1ª) 831/2017, de 11 de octubre, sostiene con respecto a una petición de amistad en Facebook que «*La investigación no permite a estas alturas del procedimiento sostener que existe una voluntad, de manera indiciaria, de quebrantar la orden de alejamiento, que impedía comunicarse al investigado con su exmujer, y esto es así por cuanto es harto conocido la facilidad para utilizar el perfil Facebook de otra persona, si se usa el mismo ordenador —se indica que el hijo lo utiliza— y también la simplicidad para el envío de peticiones de amistad, a menudo no totalmente voluntarias*».

Mención aparte merecerían, por ejemplo, las invitaciones de la red profesional Linkedin, en vista de que la función de sincronización del perfil con las agendas de correo electrónico puede suponer la remisión de solicitudes automáticas —y, por ende, involuntarias— al listado de contactos[79].

8. A modo de conclusión

De todo lo apuntado hasta ahora se colige que las redes sociales no sólo han irrumpido en nuestro proceso penal para quedarse, sino que su protagonismo se verá, sin duda, incrementado en los años venideros. Con toda probabilidad, la información contenida en los distintos perfiles resultará, cada vez más, una prueba decisiva en muchas causas: ya sea en alguna de las materias apuntadas a lo largo de estas páginas; ya en nuevas controversias que seguro irán aflorando.

---

79. A dicha función de Linkedin alude el ya citado AAP A Coruña (Sección 1ª) 831/2017, de 11 de octubre; el AAP Barcelona (Sección 5ª) 408/2017, de 15 de mayo.

En aras de una Justicia eficaz, esta creciente relevancia tendría que venir necesariamente acompañada de ciertas reformas legislativas que contemplen esta nueva realidad, especialmente en lo que se refiere a la aportación de las fuentes de prueba y a su valoración en el proceso. Igualmente, a ello habría de sumarse una doctrina jurisprudencial consolidada que proporcione criterios interpretativos estables a los operadores jurídicos.

Sólo de este modo podremos encarar con éxito este desafío que las nuevas tecnologías nos han planteado y conseguir que el Derecho se sitúe, si no a la par, al menos no a años luz de la realidad que se encuentra tras los muros de nuestros tribunales.

9. Bibliografía

Aige Mut, M. B., *Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso*, Civitas-Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Alonso Salgado, C., «Algunos elementos problemáticos de la intervención del correo electrónico como diligencia de investigación en el sistema penal español. Un camino de claroscuros», en Asencio Mellado, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Arrabal Platero, P., «El whatsapp como fuente de prueba», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Carrascosa López, V., «El documento electrónico como medio de prueba», en Romeo Casabona, C. M. (Ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997.

Castillejo Manzanares, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, 2010.

Climent Durán, C., *La prueba documental. Proceso penal*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1995.

Delgado Martín, J., «La prueba electrónica en el proceso penal», *Diario La Ley*, número 8167, 10 de octubre de 2013.

Elías Baturones, J. J., *La prueba de documentos electrónicos en los tribunales de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Hunt, P. H., «Tortious tweets: a practical guide to applying traditional Defamation Law to twibel claims», *Louisiana Law Review*, volumen 73, 2013.

Montero Aroca, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Ortiz Pradillo, J. C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, Madrid, 2013.

Pardo Iranzo, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Rodríguez Álvarez, A., «Los contenidos de redes sociales como prueba en el proceso civil: un estudio jurisprudencial», *Diario La Ley*, número 9196, 2018.

Rodríguez Álvarez, A., «Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y *smartphones*. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octu-

bre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «La intervención de las comunicaciones y telemáticas: algunas dudas y reflexiones en torno a su vigente regulación», en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (volumen I), Ratio Legis, Salamanca, 2016.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Proceso penal y redes sociales: aportación por las partes de la información contenida en ellas», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Diligencia de registro de dispositivos y "*smartphones*"», en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2016.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «La aportación de sms como prueba en el proceso penal: una reflexión a propósito de la STS 850/2014, de 26 de noviembre», en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Fodertics 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2015.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Me lo ha contado un pajarito. Los *tweets* como prueba en el proceso», en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Processulus: estudios sobre Derecho Procesal*, Comares, Granada, 2015.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. y GARCÍA MONTEAGUDO, A., «La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas entre el abogado y el investigado», en BUENO DE MATA, F. (Dir.), *Fodertics 6.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2017.

SANCHÍS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

El papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal, hacia qué modelos nos dirigimos

Albert González i Jiménez
Profesor de Derecho Procesal
Universitat Oberta de Catalunya

1. Introducción

La Sentencia de 11 de enero de 2017[1], las últimas reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal[2], las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado[3], junto con casos de rabiosa[4] actualidad en los que la Fiscalía General del Estado ha decidido desplegar su actividad investigadora adquiriendo un protagonismo hasta ahora inusual, llevan a plantearnos si verdaderamente, y de forma natural, como en su día afirmara el ex fiscal General del Estado Eduardo Torres-Dulce, estamos asistiendo al tránsito natural hacia

1. STS 980/2016, de 11 de enero de 2017, Recurso núm: 1498/2016.

2. Destacan las reformas operadas por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales.

3. Desde la Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, el de goteo de Circulares e Instrucciones que otorgan responsabilidad al Ministerio Fiscal en la investigación de los delitos se ha incrementado más allá de la Instrucción 2/1988 y la Circular 1/1989 que empezaron a profundizar en el desarrollo del modelo de Policía Judicial con implicación del Ministerio Fiscal.

4. La elección de la palabra no es, ni mucho menos, aleatoria, ni obedece al uso de un recurso literario más propio del ámbito periodístico para llamar la atención del lector, aunque se busque la enfatización, correspondiéndose con el significado pleno de la segunda y tercera acepción del RAE: «*2. Colérico, enojado, airado. 3. Vehemente, excesivo, violento*». No cabe la menor duda que la citación para declarar a cerca de 700 alcaldes por parte del Ministerio Fiscal tras la convocatoria del referéndum del pasado día 1 de octubre de 2017 en Catalunya a ningún operador le pasa inadvertida, no solo por lo voluminosa, sino, sobre todo, porque nos encontramos ante una situación sin precedentes en el marco del modelo de instrucción e investigación de delitos instaurado desde 1882. Todo ello, por supuesto, más allá de consideraciones jurídicas sobre la legalidad de la convocatoria, que no ocupa el presente.

la figura del Fiscal Instructor, o, en su defecto el cambio vendrá impuesto ante la debilidad mostrada por la propia institución para hacer frente a la investigación de los procedimientos en el seno del actual marco normativo, percibiéndose su intervención como oportunista, instrumentalizada, carente de rumbo y tocada por la indefinición y escasa —o nula— validez jurídica y eficacia probatoria de sus actos en el marco del procedimiento penal.

Recientemente, en el marco de la Escuela de Verano del Ministerio Fiscal celebrada en A Coruña los días 4 a 6 de octubre de 2017[5], se ha estado estudiando la cuestión sobre el presente y el futuro de la investigación del fiscal, contando con la presencia del Ministro de Justicia Rafael Catalá, concluyéndose que ha llegado la hora de apostar por la reforma del proceso penal y pasar de un sistema mixto al sistema acusatorio más puro, en el que la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal sea acogida.

Todo esto cuando parecía que con la propuesta de Código de Proceso Penal de 2013[6] se iba a pasar, de un solo plumazo, al modelo acusatorio dejando en manos del Ministerio Fiscal la dirección y coordinación de la Policía, en una suerte de Policía Fiscal, integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal, aunando investigación e instrucción bajo un mismo paraguas vertebrador. Sin embargo, el borrador quedó en el cajón, y vio la luz, entre otras, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, concediendo al Fiscal la carga de controlar los plazos máximos de instrucción y de solicitar sus posibles prórrogas en lo que podría querer ser un test de resistencia del Ministerio Fiscal para comprobar si en un futuro no muy lejano puede ostentar la Instrucción.

2. Cuestión previa. Investigación e instrucción

Partiendo del concepto estrictamente jurídico-procesal del término instrucción, no es más que la mera preparación del juicio, o al menos esta es la consideración que le otorga la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo su función principal la de averiguar si en relación a unos hechos que tienen la apariencia de delito, existen vestigios suficientes para dirigir acusación contra quien resulte, indiciariamente, autor o autores de los mismos. La recepción de la *notitia criminis* determina que el Juez competente incoe un procedimiento en función del pronóstico de tipicidad o calificación provisoria que rea-

5. *Vid.* www.fiscal.es, Gabinete de Prensa.

6. *Vid.* www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html

lice. El auto de incoación del procedimiento que corresponda no sólo hará una identificación de los hechos que puedan ser delictivos y que deban ser investigados, sino que establecerá el espacio subjetivo o personas que han de ser investigadas o traídas al proceso como perjudicados o responsables civiles, decretando las diligencias de investigación que deban ser practicadas, desde la observancia del art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, en la tarea investigadora, que no instructora, propiamente dicha, no interviene directamente la autoridad judicial, siendo frecuentemente utilizado el término indistintamente, tanto si se refiere a su práctica durante la fase de instrucción, como con carácter previo, si bien ésta última debiera tener la consideración de investigación preprocesal, y, en su caso ser a prevención de la autoridad Judicial o Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 282 LECrim.

Por su parte, el propio Tribunal Supremo distingue entre una primera fase de investigación policial, de búsqueda y constatación del hecho delictivo; y una segunda fase, cuando el hecho delictivo ya se ha comprobado y constatado, en que aparece la instrucción judicial[7]. En definitiva, son dos momentos diferentes de la investigación[8], no siendo lo mismo la apertura de una maleta en el curso de una investigación policial que en la fase de instrucción judicial, acordada por el propio Juez de Instrucción. Es más, una tiene carácter netamente procesal, y la otra no.

Ahora bien, progresivamente, la relación Ministerio Fiscal-policía judicial ha ido consolidándose incrementando las relaciones de dirección-coordinación[9], que redundan especialmente en la necesidad de dar traslado de todas las diligencias investigadoras llevadas a cabo por la policía judicial al Ministerio Fis-

---

7. *Vid.* STS 535/2005, de 28 de abril, F.J. 3º: «*una vez iniciada la investigación y encontrados elementos o efectos que pudieran ser constitutivos de una prueba de un hecho delictivo, la constatación de su realidad y de su virtualidad delictiva, corresponde realizarla a los organismos, en el curso de la fase de investigación judicial*».

8. Trapero Álvarez, J. L., «Prevención e investigación del delito. Crimen organizado y corrupción», *Revista catalana de Seguretat pública*, número 22, mayo 2010, pp. 183-205.

9. Especialmente, tras la reforma operada por la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre; en el caso de los procesos tramitados al amparo de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM) en los que el Fiscal recibe directamente el atestado y decide las diligencias que han de practicarse, ordenando directamente a la Policía Judicial las que corresponda; en los procesos de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ), donde a tenor de lo dispuesto en los arts. 25, 26 y 28, cualquier acto de instrucción exige una previa imputación, para la que el Juez no tiene competencia, por lo que la función del Fiscal en relación con la formulación de la misma, su ampliación o la petición de las diligencias concretas que deben practicarse, determina la necesidad de una relación continuada de dirección-coordinación con los funcionarios policiales encargados de la investigación; en el ámbito de los delitos tramitados en virtud de las normas sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, en virtud de la reforma parcial de la LECrim operada por Ley 38/2002, de 24 de octubre, a través de la cual el legislador ha atribuido al Ministerio Fiscal un destacado protagonismo, determinante de un necesario contacto directo con las actuaciones de la Policía Judicial. Asimismo, en delitos contra el medio ambiente, donde la existencia de una Fiscalía especializada contribuye a ello (a tenor de lo contemplado en las Memoras de Fiscalía de los últimos años). O las recientes instrucciones que desde la Fiscalía de Barcelona fueron dadas a los *Mossos d'Esquadra* para evitar la realización del referéndum el 1 de octubre de 2017.

cal[10], y, por supuesto, de pasar a un modelo de Policía Fiscal en la que el Ministerio Fiscal sea el verdadero garante de la investigación, y, también ostente un papel estelar en la instrucción.

3. La regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en la investigación penal

La CE de 1978 dedica el art. 124 a la figura del Fiscal, atribuyéndole la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social, siendo uno de sus principios de actuación, el de dependencia jerárquica, lo que garantiza, cuanto menos, una unidad de actuación en todo el territorio. Su Estatuto Orgánico[11], con referencia expresa de la sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad en todo caso; la LECrim, principalmente en los arts. 282, 299, 324, 771.1 y 773.2; y las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado cierran el marco normativo a través del cual se articula, actualmente, la capacidad instructora e investigadora del Ministerio Fiscal. Sin embargo, desde la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se le reconoce un ámbito propio de actuación[12].

De tal guisa que para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos, aunque podrá ordenar la detención preventiva; gozando todas las diligencias que practique de presunción de autenticidad.

En definitiva, lo cierto es que del modelo histórico dispuesto en el art. 306 de la LECrim en que se recogía que «*los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos bajo la inspección directa del Fiscal Tribunal competente*», se

10. En recientes manifestaciones, el Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce, ha reclamado que la policía judicial dependa orgánicamente de la Fiscalía y que remitan a los juzgado sólo aquellos atestados en los que haya indicios sobre una persona determinada; advirtiendo en el Libro Blanco del año 2013 que cerca de cinco millones de atestados policiales ingresan cada año en la organización judicial. No obstante, lo cierto es que el CPP 2013, tal y como indica Bujosa Vadell camina hacia una Policía Fiscal, dado que el art. 80.1 la integra orgánica y funcionalmente en el Ministerio Fiscal («Aproximación a la iniciación de la investigación penal en la propuesta de Código Procesal Penal: ¿oficialidad o discrecionalidad?», *Diario La Ley* número 8096, Sección Tribuna, 3 de junio de 2013, p. 2).

11. Art. 5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

12. Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, volumen 2, Bosch, Barcelona, 1951, p. 507.

está abriendo paso a un modelo cambiante del art. 773.2 LECrim en el que el Fiscal puede practicar por sí u ordenar a la Policía Judicial que practique «*las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes del mismo*».

Ahora bien, como indica la STS de 11 de enero de 2017, encierra una extravagancia legislativa que nuestro sistema admita la posibilidad que el ciudadano al que se le imputa un delito sea sometido, en primer término, a una investigación inicial de naturaleza preparatoria por parte del Ministerio Fiscal (arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim) y, posteriormente, en una segunda etapa, también de naturaleza preparatoria (arts. 299 y 771.1 LECrim), a una nueva investigación a cargo del Juez de Instrucción.

4. Revés a la instrucción por parte del Ministerio Fiscal con el actual marco normativo. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017

La STS de 11 de enero de 2017 se presenta con ocasión del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona[13] que absolvió al acusado, agente de la Policía Local de la localidad de Premià de Mar, de un delito continuado de falsedad en documento público del que venía siendo acusado al haber extendido, presuntamente, unos boletines de denuncia que a la postre resultaron ser falsos. El procedimiento judicial vino precedido por la instrucción efectuada por el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en el art. 773.2 LECrim, ante quien se practicó la declaración del investigado —quien se acogió al derecho a no declarar—, se le practicó cuerpo de escritura, se llevaron a cabo declaraciones de testigos y se unieron copias de resoluciones administrativas, todo ello sin contar con asistencia letrada. En definitiva, se practicó una instrucción completa por parte del Ministerio Fiscal sin intervención del investigado. La sentencia de instancia concluye que la falta de asistencia letrada, especialmente en la práctica del cuerpo de escritura, supuso una lesión efectiva «*y material en el derecho de defensa que obliga a la declaración de nulidad del cuerpo de escritura confeccionado, por no haberse respetado las normas esenciales del procedimiento y haberse causado efectiva indefensión, art. 238. 3º y 4º LOPJ*»; por lo que eliminando del acervo probatorio la prueba pericial grafística el resto de material probatorio carecía de contenido incriminatorio.

La sentencia de instancia no fue, pues, más allá. Sin embargo, el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y que le supuso un serio revés,

13. *Vid.* SAP 427/2016, de 23 de mayo de 2016.

evidenció las carencias del encaje de la instrucción por parte del Ministerio Fiscal en el actual marco normativo. La sentencia del Tribunal Supremo, cuyo ponente es su actual presidente, Manuel MARCHENA, quien a su vez proviene de la carrera Fiscal, cuerpo al que perteneció hasta que en el año 2007 se incorporó, designado por el Consejo General del Poder Judicial como Magistrado de la Sala Penal[14], concluye que las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en los arts. 5 del EOMF y del art. 773.2 LECrim, no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba, siendo ínsito al propio concepto de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional.

La línea roja que delimita la actuación del Fiscal viene en el último párrafo del art. 773.2 LECrim al disponer que «*cesará en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos*», lo que enlaza en lo que, por definición en nuestro sistema, constituye el acto procesal, que debe tener naturaleza jurisdiccional. Resultando que para formar parte del acervo probatorio a que refiere el art. 741 LECrim sólo encuentran cabida aquellos actos de prueba que emanen de un órgano jurisdiccional.

Siguiendo con el mismo argumentario, la sentencia recuerda que en aquellos sistemas procesales en los que la investigación viene dirigida por el Fiscal es frecuente que las diligencias practicadas por este último reciban un tratamiento distinto, considerándolas inidóneas para integrar la apreciación probatoria, siendo que la diligencia practicada por el Fiscal sufre una transmutación con el desarrollo durante las sesiones del juicio oral, cuando la intervención del Juez o Tribunal tiene lugar, convirtiéndola así en verdaderos actos de prueba.

La sentencia cuestiona si existe un estándar constitucional de garantías para el investigado penal diferente en función del modelo de investigación, concluyendo que no debe ser así. De resultas que cuando la investigación se dirige por el Fiscal, ni las garantías constitucionales se difuminan, ni devienen renunciables, cuestionando de «*extravagancia legislativa que nuestro sistema admita la posibilidad de que el ciudadano al que se le impute un delito sea sometido a una investigación preparatoria de una segunda etapa, también de naturaleza preparatoria*».

En definitiva, que las garantías asociadas al derecho de defensa anunciadas en el art. 118 LECrim deben ser respetadas para «*toda persona a quien se atribuya*

14. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Biografias/Marchena-Gomez--Manuel--presidente

un hecho punible»; y que las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773.2 de la LECrim no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en acto de prueba, pues ésta va ligada al ejercicio de la genuina función jurisdiccional, de la que carece.

5. A quién debería corresponder la instrucción

Como indicaba Alonso Martínez en la Exposición de Motivos de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, «*los progresos jurídicos deben irse eslabonando si han de encarnar en las costumbres del país*», y esto es lo que, en definitiva, sucede también con el eventual traspaso al Ministerio Fiscal de la Instrucción de los Procedimientos Penales.

Superado el debate de la dicotomía instructor-juzgador, cualquier regulación que deje en manos del Ministerio Fiscal la instrucción e investigación de los delitos debe evitar que sufra de uno de los «dos vicios tan capitales» que anunciaba Alonso Martínez, y es que en el sumario se prive de intervención alguna al inculpado; intervención a la que debe sumarse las de la acusación particular y popular, cada una de dichas figuras con sus propios matices y límites.

El otro gran problema que se anuda, a pesar de lo dispuesto en el EOMF, el art. 2 de la LECRim, y, por supuesto, del uso de la tecnología en la práctica de las diligencias, es evitar que quienes «*intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan*», recojan «*con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle*»[15]. Obstáculo que queda muy diluido en el actual modelo de instrucción, donde los Jueces de Instrucción, mayoritariamente, han desarrollado su función de recoger el material probatorio favorable y adverso, con conciencia de mantener su posición neutral.

Preocupa así la igualdad de la contienda, que exista una verdadera igualdad de armas desde el mismo inicio de la instrucción del procedimiento; desde el momento en que el hecho penal se ha producido, y sin lugar a dudas desde que se encuentren afectados derechos fundamentales del investigado. So riesgo que, de no hacerse así, se produzca una involución restaurando el secreto del procedimiento en el período de instrucción.

---

15. Ambos pasajes se encuentran recogidos en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No obstante, es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro, desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable, pero la ventaja que el Estado tenga en esos primeros momentos para recoger los vestigios del crimen e indicios de culpabilidad del autor no debe ser en detrimento de la disminución de las garantías.

Constituye una vieja aspiración que las reglas de publicidad, contradicción e igualdad se proyecten desde que se abre el juicio hasta que se dicte la sentencia firme, no debiendo renunciarse a las puertas de lo que acabará siendo un nuevo modelo en el que el Ministerio Fiscal acabe por asumir la titularidad de la investigación.

Ahora bien, tal vez debiera pensarse que si fuera el propio Ministerio Fiscal quien dirigiera la Policía el objeto de las diligencias de investigación sería el esclarecimiento del hecho punible, la averiguación de los responsables, la protección de la víctima y el aseguramiento de las responsabilidad exigibles. En definitiva, la preparación del material fáctico —objetivo y subjetivo— que pueda servir para sostener la acusación, pero, en todo caso, ese material recopilado también deberá poder ser útil a la defensa del acusado, porque si no es así se quebrará la igualdad en la contienda.

Por otra parte, la presencia del Ministerio Fiscal dirigiendo la investigación desde el principio, probablemente, redundaría en una mejora de la profesionalidad y cualificación de la Policía a la hora de dirigir sus actuaciones y, por otra parte, se eliminaría, de un solo plumazo, la obsoleta, inútil y carente de regulación declaración en sede policial del detenido. Sin duda una rémora innecesaria en nuestro sistema procesal, donde se confunde el derecho que ostenta el detenido, reconocido en el art. 520.2.a) de la LECrim. A ello debería añadirse que con la instrucción a manos del Fiscal el principio de oportunidad, debidamente delimitado para figuras delictivas de menor intensidad, encontraría un perfecto encaje, puesto que su estructura jerárquica permitiría una aplicación homogénea en todo el territorio.

Sin embargo, difícilmente podrá funcionar la instrucción a manos del Ministerio Fiscal en un marco en el que la figura nace herida por su marcada falta de autonomía funcional y por la sombra de sospecha de responder a intereses partidistas por las especiales características del nombramiento del Fiscal General del Estado, siendo a su vez, a todas luces paradójico, que quien esté preparando el material que le va a servir para ser parte acusadora en el juicio oral, deba también recoger todo el material beneficioso para la defensa. Sin duda el encaje resulta, cuanto menos, dificultoso.

Sentado lo anterior, y partiendo de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que la labor instructora no debe pronunciarse sobre elementos de culpabilidad, sino que debería limitarse a preparar el juicio, en dicha preparación debería permitirse un papel proactivo a la defensa del investigado y a las acusaciones popular y privada que, con las debidas matizaciones, se constituyesen, no sólo para garantizar la igualdad de armas, sino también para cumplir una función básica de contrapeso frente a la discrecionalidad del Ministerio Fiscal.

Llegados a este punto, y siendo además que el objetivo de la instrucción es facilitar la investigación de la verdad, bien pareciera que el Ministerio Fiscal, actuando bajo los principios de legalidad, sometimiento a la ley, de una unidad de actuación que garantiza una homogeneidad y fungibilidad en la investigación pudiera ostentar la instrucción de los procedimientos, para que se produzca una feliz transición de la titularidad de la instrucción, deberá estar sometido a un férreo marcaje por parte del Juez de Garantías, no sólo en cuanto al fondo de las diligencias de instrucción que éste practique cuando verse sobre la limitación de derechos fundamentales, y estos puedan entrar en conflicto, sino también en cuanto a la forma y motivación de las mismas, dirimiendo en caso de conflicto, y exigiéndole al Instructor que rinda cuentas del estado de dichas investigaciones con cierta periodicidad, a fin de agilizar la instrucción de las causas y, en su caso, ejercer un control de legalidad independiente.

Sin embargo, el control del Juez de Garantías encontrará un sendero de obstáculos cuando tras la interposición de un recurso frente a la denegación de una diligencia de investigación el primero le ordene que continúe con una investigación en aquéllos términos, en contra del criterio sostenido por quién debe ejecutarla, propiciándose el fracaso; así como cuando la verdadera operatividad quede puesta en entredicho en asuntos complejos, con instrucciones de miles de folios, centenares de testigos y decenas de inculpados, donde el control del contenido de la investigación por el Juez de Garantías, a la hora de decidir medidas restrictivas de derechos, como prisiones o, fundamentalmente, entradas y registros o intervenciones telefónicas, se dirimirá entre un control meramente formal o bien un control estrecho que le obligaría a profundizar, en detrimento de la agilidad que quiere impulsarse con el nuevo modelo.

Finalmente, el Ministerio Fiscal, por su estructura interna potencia el trabajo en equipo, permitiendo una mejor optimización de los recursos y contribuyendo a la agilización de la instrucción de causas muy voluminosas y complejas. Las bonanzas de tal modalidad coral de trabajo han sido recogidas en la última reforma de la LOPJ[16] contemplando que «*con el propósito de facilitar la instruc-*

16. *Vid.* LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

ción de causas de especial complejidad y auxiliar al instructor, se introduce la posibilidad de que, como medida de apoyo, el Consejo General del Poder Judicial pueda adscribir al órgano instructor a uno o varios Jueces, Magistrados o incluso Letrados de la Administración de Justicia, con o sin relevación de funciones para que, sin el desempeño compartido de funciones jurisdiccionales —sin posibilidad por tanto de actuar en la causa— y bajo la dirección del titular del órgano que conozca de esa causa compleja, puedan realizar labores de estudio, apoyo, colaboración y propuesta». Constituyendo una singular mejora del modelo, que permitirá agilizar la instrucción una vez se implemente el modelo.

6. Conclusiones

Existe consenso cuando se afirma que la labor instructora debería limitarse a preparar el juicio, especialmente cubrir las necesidades de tipicidad. Sin embargo, se me antoja difícil que con la actual configuración orgánica del Ministerio Fiscal, donde se cohonestan fuertes vínculos de la institución con el Poder Ejecutivo, quien se constituye en acusación y a quien se le encomienda la misión de promover la averiguación de los delitos y el castigo de los culpables pueda instruir con respeto a las garantías del investigado. El riesgo en teñir absolutamente de inquisitorial todo la fase de instrucción, dejando a un lado cualquier atisbo del principio acusatorio, empaña, a mi modo de ver, la atribución al Ministerio Fiscal de tal función, puesto que si bien es cierto que la figura del Juez de Instrucción también entraña destellos inquisitoriales, su función garantista ha ido ganando enteros con el paso de los años desde la promulgación de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, combinando un sabio equilibro entre garante de los derechos fundamentales y actor principal de la investigación. Los propios posicionamientos que adopte el Ministerio Fiscal como parte acusadora durante el proceso enturbian su imparcialidad, por cuanto pueden condicionar sus decisiones[17].

Sin embargo, probablemente el *sorpasso* definitivo por parte de la Fiscalía de las funciones instructoras pueda tener lugar en breve, movido por ser el único país europeo donde la instrucción aún se encuentra en manos del Juez; por los recientes casos en los que la investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal en el seno de las diligencias preliminares ha sido puesta en entredicho, no sólo por el propio Tribunal Supremo[18], sino también por la opinión pública; y

17. Rodriguez Lainz, J. L., «Manifiesto por el mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción», *Diario La ley*, número 9059, Sección Doctrina, 11 de octubre de 2017.

18. *Vid.* STS 980/2016, de 11 de enero de 2017, Recurso número 1498/2016.

provocado, también, por las ansiadas ganas de cambio de modelo que viene cociéndose desde hace años.

Sin embargo, con el actual modelo de Fiscalía existen serias dudas acerca de su independencia e imparcialidad, falta de medios personales para llevarla a cabo[19], objetividad en su actuación, y sobretodo, falta de una verdadera cultura de equidad en la contienda. La imparcialidad en este punto es frágil, por cuanto quien investiga corre el riesgo de llevar el procedimiento a una dirección en la que se pretenda garantizar el enjuiciamiento por un determinado hecho criminal prescindiendo de las garantías necesarias para el investigado. Por otra parte, también es obvio que de admitirse la posibilidad de que instruya, deberá, también, contemplarse la posibilidad que responda penalmente ante eventuales prevaricaciones.

El Ministerio Fiscal, por tradición, no se ha sentido una parte imparcial en el procedimiento, por mucho que su Estatuto Orgánico y la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal le hayan querido otorgar dicho papel, sino que se ha considerado a sí mismo como «LA PARTE». La parte que cuando solicita una diligencia en la fase de instrucción difícilmente le resulta denegada por el Juez Instructor, más allá de que explique las razones por las cuales entiende que deba practicarse la diligencia que peticiona, siendo, por tanto, tan difícil el cambio de mentalidad en su actuación, como el propio cambio en sí mismo.

Por otra parte, la presencia del Fiscal en la instrucción desde su inicio debería comportar una superior profesionalización de la Policía, un mayor atino en sus actuaciones, con un considerable incremento del respeto a los derechos de los investigados, quienes además verán probablemente reducidas sus esperas en las detenciones, salvo en los casos en que existan indicios que aconseje su ingresados en prisión, y se eliminará, de una vez por todas, el fútil interrogatorio policial.

Ahora bien, deberán arbitrarse mecanismo que corrijan la impunidad de aquellos delitos que por razones de orientación política, o propia política criminal se considere aconsejable su no persecución por parte del Gobierno de turno, y deberá otorgarse un destacado papel en la intervención de la instrucción a la defensa del investigado y a las acusaciones pública y privada, haciéndolas partícipes de la persecución de los delitos cuando su concurso, a la par que deseable, pueda ser, además, beneficioso.

---

19. Es cierto que una reforma de la Constitución de la que tanto se habla últimamente permitiría una reforma del art. 117.2, haciendo desaparecer la garantía de inamovilidad de jueces y magistrados, y que de un plumazo los Jueces Instructores podrían ser forzados a cambiar de carrera profesional, como sucedió en Italia, reduciendo considerablemente el coste económico que el aumento de plantilla comportaría.

En todo caso, para dar una respuesta eficaz entiendo que el mantenimiento de la figura del Juez Instructor, a quien se deba someter la petición de las diligencias por todas las partes, y cuya supervisión de la instrucción debiera persistir en todo momento, aunado a un progresivo aumento del protagonismo del Ministerio Fiscal en el impulso del proceso, con detentación de la dirección de la Policía Judicial supervisando sus investigaciones, asesorándola, y solicitando autorización al Juez de Instrucción para llevar a cabo cualquier injerencia en los derechos de los investigados, debería ser el siguiente paso que nuestro ordenamiento adopte, si bien sería conveniente que llevara a cabo a través de una reforma integral del Código Procesal Penal.

7. Bibliografía

BUJOSA VADELL, L., «Aproximación a la iniciación de la investigación penal en la propuesta de Código Procesal Penal: ¿oficialidad o discrecionalidad?», *Diario La Ley*, núm. 8096, Sección Tribuna, 3 de junio de 2013, Año XXXIV.

BUJOSA VADELL, L., «Las declaraciones en las dependencias policiales y el derecho a un proceso con todas las garantías (Comentario a la STC 53/2013, de 28 de febrero)», *Práctica penal Cuaderno jurídico. Sepin*, núm. 72, 2013.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal Español*, Ed. Civitas Ediciones, Madrid, 1992.

CLIMENT DURAN, C., «La prueba documental en el proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 41-42, CGPJ, Madrid, 1996.

CHOZAS ALONSO, J.M., *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

DAMIÁN MORENO, J., «¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley*, núm. 7032, 13 de octubre 2008, Año XXIX.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales y Fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1988.

DE URBANO CASTRILLO, E., «Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro», en MARCHENA GÓMEZ, M. (Dir.), *El juez de instrucción y juez de garantías: posibles alternativas (Estudios de Derecho Judicial)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el Proceso Penal Abreviado y en los Juicios Rápidos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., «¿Fiscal instructor?: Pocas ventajas y un enorme inconveniente», *Diario La Ley*, núm. 6799, 15 de octubre 2007, Año XXVIII.

GIMENO SENDRA, V., «La prueba preconstituida de la Policía Judicial», *Revista catalana de Seguretat pública*, núm. 22, mayo 2010.

GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal y el art. 124 de la Constitución Española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

GÓMEZ COLOMER, J. L., «Sujetos de la instrucción (II): La Policía Judicial», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Iustel, Madrid 2002.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.I, Vol 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1951.

González Jiménez, A., *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, JM Bosch Editor, 2014.

González Zorrilla, C., *¿Quién controla a los controladores? Policía, justicia y control democrático*, Ed. Base, Barcelona, 2013.

Huertas Martín, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

Izaguirre Guerricagoitia, J. M., *La investigación preliminar del Fiscal. La intervención de las Partes en la Misma*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

Izaguirre Guerricagoitia, J. M., «La investigación preliminar del Fiscal: aprendamos de la experiència», *Diario La Ley*, núm. 7122, 25 de febrero 2009, Año XXX.

Marchal Escalona, N., *El atestado Inicio del proceso penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 7ª Edición, Pamplona, 2011.

Nieva Fenoll, J., *La Duda en el proceso penal*, Ed Marcial Pons, Madrid, 2013.

Rodriguez Lainz, J. L., «Manifiesto por el mantenimiento de la figura del Juez de instrucción», *Diario La ley*, núm. 9059, Sección Doctrina, 11 de octubre de 2017.

Trapero Álvarez, J. L., «Prevención e investigación del delito. Crimen organizado y corrupción», *Revista catalana de Seguretat pública*, núm. 22, mayo 2010.

La configuración orgánica de la futura Fiscalía Europea: prospectiva sobre su impacto en el sistema procesal penal español[1]

Antonio Martínez Santos
Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad Francisco de Vitoria

1. El final del problemático camino hacia la creación de la Fiscalía Europea y la aprobación de la Directiva PIF

En diciembre de 2016, la entonces Presidencia eslovaca del Consejo presentó un texto consolidado de propuesta de Reglamento para la creación de la Fiscalía Europea, o *European Public Prosecutor's Office* (en adelante, EPPO). Unos días más tarde, el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior dio por mayoría el espaldarazo político definitivo a aquella versión de la propuesta de Reglamento de la EPPO, a reserva de concretar todavía algunos detalles técnicos. Junto con esta decisión, se logró desbloquear por fin también la tramitación de la propuesta de Directiva para la lucha penal contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (o *Directiva PIF*), que llevaba estancada desde junio de 2015 debido a un desacuerdo de las instituciones europeas en cuanto a su alcance (en particular, en lo que respectaba a la inclusión o no de la defraudación del IVA entre las conductas que quedarían comprendidas bajo el ámbito de acción de la nueva Directiva). Promulgada ya definitivamente la Directiva PIF en julio de 2017[2], si los acontecimientos se desarrollan como sería de esperar, debería estar traspuesta en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros antes de julio de 2019 (como prescribe su art. 17).

1 Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D «Investigación y prueba en los procesos penales en Europa. La creación de una Fiscalía Europea» (Ref. DER2013-44888-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad para el periodo 2014-2017.

2. Se trata concretamente de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

La consecución de estos objetivos marcó uno de los últimos hitos en el largo camino hacia el alumbramiento de la nueva Fiscalía Europea. En efecto, puede afirmarse con todo convencimiento que en diciembre de 2016 arrancó por fin la recta final de la accidentada labor prelegislativa para el establecimiento de la EPPO, cuyos precedentes más remotos se remontan a más de veinte años atrás, a los trabajos doctrinales preparatorios del documento conocido como *Corpus Juris*[3] y al Libro Verde de la Comisión de 2001[4].

Ahora bien, el último tramo del itinerario legislativo no ha sido fácil ni ha estado exento de dificultades. Los problemas de mayor envergadura han sido de carácter político, motivados en buena medida por el momento de crisis que atraviesa actualmente el proceso de integración europea; pero ha habido también escollos de orden técnico: aun entre los Estados miembros partidarios de la nueva institución, han subsistido hasta el final importantes discrepancias en cuanto a un buen número de aspectos relativos a su configuración orgánica y funcional.

Así, es de sobra conocido que la propuesta de Reglamento para la creación de la EPPO no logró reunir la unanimidad en el seno del Consejo que requiere el art. 86.1.I *in fine* del TFUE. Además de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca —que desde un principio quedaron al margen del proyecto, en virtud de lo previsto en los correspondientes Protocolos a los Tratados de la Unión—, hubo varios Estados miembros que manifestaron su frontal oposición al establecimiento de la Fiscalía Europea, al menos tal como venía diseñada en la versión consolidada final de la propuesta de Reglamento. Se trató concretamente de Hungría, Malta, Polonia y Suecia; que desde entonces han mantenido su posición contraria a participar en el establecimiento de la EPPO (incluso frente a la importante presión política ejercida por la Comisión). Por su parte, otros Estados, como Italia, se apartaron cautelarmente de la iniciativa por entender que no era suficientemente ambiciosa. Ante la falta de unanimidad, resultó evidente que el Reglamento de la EPPO no se podría aprobar a través del procedimiento legislativo especial del art. 86.1.I TFUE; de modo que finalmente no quedó más remedio que recurrir al procedimiento de cooperación reforzada conforme a lo dispuesto en el art. 86.1.III TFUE[5]. A tal efecto, dieciséis Estados miembros

---

3. *Cfr.* DELMAS-MARTY, M. (Ed.), *Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Economica, París, 1997; y también el estudio que siguió: DELMAS-MARTY, M. Y VERVAELE, J. A. E. (Eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States* (4 vols.), Intersentia, Amberes, 2000. Una narración más detallada de los antecedentes doctrinales y políticos de la Fiscalía Europea puede encontrarse en: DELMAS-MARTY, M., «La genése du projet du procureur européen», en MARZBAHN, P. G. (Ed.), *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union, Dalloz*, París, 2010, pp. 163-169.

4. COM (2001) 715.

5. La constatación formal de este hecho por parte del Consejo se produjo en la reunión del 7 de febrero de 2017. Al respecto, *vid.* el documento del Consejo 6035/17, de 7 de febrero.

dirigieron la pertinente comunicación a la Presidencia del Consejo para la puesta en marcha de dicho mecanismo[6].

2. La evolución del modelo de Fiscalía Europea en las sucesivas versiones de la propuesta de Reglamento

Como es sabido, el art. 86 TFUE se limita a enunciar la posibilidad de crear una Fiscalía Europea a través de un procedimiento legislativo especial. No desarrolla los aspectos orgánicos de la institución, que aparecen meramente esbozados: con deliberada ambigüedad, el Tratado solamente dice que la Fiscalía Europea se deberá crear *«a partir de Eurojust»*. Ríos de tinta han corrido sobre el sentido de esta lacónica expresión del texto del Tratado, pero lo cierto es, como se acaba de decir, que en el art. 86 TFUE nada se predetermina en cuanto a la estructura (colegial o jerárquica) del nuevo organismo, ni en cuanto a su estatuto jurídico, ni en cuanto al nombramiento de sus componentes, ni en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable a la Fiscalía Europea. En la práctica, esto quiere decir que el Legislador europeo tiene aquí un amplio margen de actuación para abordar el diseño de la nueva institución de acuerdo con criterios de oportunidad política y práctica.

Partiendo de esta base tan abierta, la Comisión presentó el 17 de julio de 2013 una propuesta de Reglamento para el establecimiento de la Fiscalía Europea[7]. Las líneas generales de la propuesta de Reglamento de 2013 eran las siguientes: se crearía una institución europea autónoma de nueva planta (por tanto no exactamente «a partir de Eurojust»), fuerte e independiente, con amplios poderes de investigación y persecución penal en relación con las materias de su competencia, que operaría de forma descentralizada pero que, al mismo tiempo, se organizaría con arreglo a un estricto criterio vertical de jerarquía[8]. Al frente de la misma estaría un Fiscal General Europeo, auxiliado por cuatro Adjuntos; y en cada Estado miembro habría (al menos) un Fiscal Europeo De-

---

6. Nótese que, en la actualidad, son dieciocho los Estados miembros que participan en el proyecto de la EPPO: los dieciséis Estados que promovieron la puesta en marcha del mecanismo de la cooperación reforzada (Alemania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, Rumanía y República Checa) y otros dos que se sumaron con posterioridad (Estonia y Letonia). Está previsto además que se incorporen próximamente Austria e Italia, que ya han hecho declaraciones formales al respecto.

7. Se trata del documento COM (2013) 534 final, que en adelante se citará como EPPOPr. Existe otro precedente inmediato, que fue la propuesta de la Presidencia Española del Consejo de 2009, pero que no concitó suficientes apoyos para salir adelante. Puede encontrarse un resumen más extenso de la propuesta de 2013 en Caianiello, M., «The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21-2013, pp. 115-125.

8. Arts. 3 a 6 EPPOPr. En cuanto a las diligencias de investigación susceptibles de ser acordadas por la EPPO, *vid.* la lista del art. 26 (que no establecía un número cerrado de medidas).

legado (en adelante, «Fiscal Delegado»), nombrado por el propio Fiscal General Europeo, que se encargaría de la efectiva investigación y persecución de los delitos atribuidos a la EPPO en su territorio, siempre bajo las órdenes y la supervisión de aquel[9]. El Fiscal General sería nombrado por el Consejo por mayoría simple, previo visto bueno del Parlamento Europeo[10]; y tendría la potestad de incoar causas directamente y de asumir en cualquier momento el conocimiento de las ya incoadas por los Fiscales Delegados en sus Estados de origen, atendiendo a la gravedad del delito o a sus circunstancias[11]. La competencia del nuevo organismo sería exclusiva, y se extendería no solo a los delitos contra los intereses financieros de la Unión, sino también a los delitos conexos que, pese a no caer dentro del ámbito competencial de la EPPO, resultara conveniente perseguir conjuntamente con aquellos, por aconsejarlo la «buena administración de justicia»[12]. Concluida una investigación de la EPPO, correspondería al Fiscal General Europeo elegir el concreto Estado donde se ejercitaría la acusación, teniendo en cuenta una serie de criterios sumamente flexibles (la «correcta administración de justicia», el lugar de comisión del delito, el lugar de residencia del presunto autor, el lugar donde estuviesen las pruebas o el lugar de residencia habitual de las víctimas directas[13]). Por último, a efectos de control judicial de los actos de investigación de la Fiscalía Europea, ésta tendría la consideración de autoridad nacional en el Estado miembro donde se estuviera tramitando el procedimiento; de modo que sería aplicable el régimen de recursos interno. Es decir: el control directo de la actuación procesal de la Fiscalía Europea en los Estados miembros no se residenciaría en ningún caso ante el TJUE (al no tratarse formalmente de «actos de las instituciones de la Unión»), sino siempre ante los tribunales nacionales[14].

En las semanas posteriores a la publicación de la propuesta de Reglamento de 2013, se sucedieron una serie de dictámenes o declaraciones de Parlamentos nacionales, que pusieron en marcha el «mecanismo de control de la subsidiariedad» de los arts. 6 y 7 del Protocolo Segundo del TFUE (el llamado «procedimiento de tarjeta amarilla»). Fueron catorce las Cámaras parlamentarias que remitieron dictamen motivado dentro del plazo previsto en el Protocolo II del TFUE, que terminaba el 28 de octubre de 2013[15]. El Parlamento español no

9. Art. 10 EPPOPr.

10. Art. 8 EPPOPr.

11. Art. 18 EPPOPr.

12. Arts. 11.4, 12 y 13 EPPOPr.

13. Art. 27.4 EPPOPr.

14. Art. 36 EPPOPr.

15. Para una valoración global del procedimiento de *yellow card* relativo a la Fiscalía Europea desde la óptica del Derecho Comunitario, *vid.* FROMAGE, D., «The Second Yellow Card on the EPPO Proposal: An Encouraging Development for Member State Parliaments?», *Yearbook of European Law*, 2015, pp. 1-23. Pueden consultarse los dictámenes de

formuló objeción ni reserva alguna, pese a que la propuesta de la Comisión, tal como estaba planteada, podía dar pie a ciertos reproches de inconstitucionalidad (p. ej., en lo relativo al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley). La Comisión respondió conjuntamente a todos los dictámenes parlamentarios mediante Comunicación del 27 de noviembre de 2013[16], aduciendo que la propuesta de Reglamento era plenamente conforme con el principio de subsidiariedad y que, por tanto, no sería retirada; pero que se tendría en cuenta el parecer de los Parlamentos nacionales en los trabajos subsiguientes[17]. Poco más adelante, el 17 de septiembre de 2014, dieciséis delegados de Parlamentos nacionales se reunieron en la Asamblea Nacional francesa, invitados por la Comisión de Asuntos Europeos de la Cámara, y suscribieron una declaración común sobre la Fiscalía Europea; cuyo tono general era bastante crítico tanto con la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión, como con la respuesta ofrecida por ésta con ocasión del procedimiento de tarjeta amarilla[18].

A raíz de todos estos acontecimientos, y pese a que en un principio la Comisión había expresado su determinación de seguir adelante con el proyecto, el Consejo se sintió obligado a reformular la propuesta de Reglamento de 2013, teniendo en cuenta las sugerencias, las observaciones y las objeciones suscitadas por el texto inicial. Así, bajo la Presidencia griega (primer semestre de 2014) se produjo una importante modificación estructural en el borrador, con la introducción de un factor de colegialidad en la organización de la EPPO y la supresión del principio de competencia exclusiva. Bajo las Presidencias posteriores del Consejo continuaron los trabajos en la misma línea, alcanzándose con el tiempo un nivel de consenso notable en lo que a organización y estructura de la nueva Fiscalía Europea se refiere; consenso que tiene su plasmación en la versión actual del texto.

3. La configuración orgánica definitiva de la Fiscalía Europea

La articulación orgánica de la Fiscalía Europea en la versión actual del texto del Reglamento es considerablemente más compleja que la que recogía la pro-

---

las Cámaras en: www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130534.do (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017).

16. COM (2013) 851.

17. Una perspectiva crítica ante la respuesta de la Comisión puede encontrarse en Wieczorek, I., «The EPPO Draft Regulation Passes the First Subsidiarity Test: An Analysis and Interpretation of the European Commission's Hasty Approach to National Parliaments" Subsidiarity Arguments», *German Law Journal*, 5-2015, pp. 1247-1270.

18. Puede consultarse el acta de la reunión, con las intervenciones completas de los distintos participantes, en: www.assemblee-nationale.fr/14/europe/declaration/c0154_en.pdf (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017).

puesta de la Comisión de 2013[19]. El Reglamento mantiene en esencia la estructura original propuesta por la Comisión, pero añade una serie de figuras dirigidas principalmente a fomentar la colegialidad en el trabajo de la EPPO y en los procesos de toma de decisiones, de acuerdo con la postura sostenida desde un principio por Francia y Alemania.

De esta forma, junto al Fiscal General Europeo, sus Adjuntos y los Fiscales Delegados que trabajarán en los Estados miembros, el Reglamento prevé que, dentro de la EPPO, se nombren también un considerable número «Fiscales Europeos» (uno por Estado miembro participante en el proyecto) con una triple función: en primer lugar, se encargarán de supervisar desde la sede central la actuación de los Fiscales delegados de su propio Estado de origen, pudiendo impartirles órdenes en relación con asuntos concretos. En segundo lugar, cumplirán un importante papel de canal de comunicación entre la Fiscalía Europea y los Fiscales Delegados, asegurándose de que fluya la información entre ambos. Finalmente, es de suponer que operarán también a modo de *enlace* entre su Estado miembro de origen y la Fiscalía Europea, de forma similar a como funcionan los miembros nacionales de Eurojust. Los Fiscales Europeos integrarán asimismo junto con el Fiscal General el llamado «Colegio» de la Fiscalía Europea, que será el órgano encargado del gobierno ordinario de la institución. Entre otros cometidos, corresponderá al Colegio aprobar el reglamento de funcionamiento interno de la EPPO, así como fijar las directrices generales de su trabajo y asegurar una coherencia interna y una unidad de criterio en la actuación de la Fiscalía de cara al exterior.

La existencia de un órgano colegiado estable en la cúspide de la organización de la Fiscalía Europea no estaba prevista en la propuesta de Reglamento de 2013. Ciertamente, en ella se hacía una pequeña concesión a los defensores del principio de colegialidad (y así se proclamaba tanto en el texto de presentación del documento como en la nota de prensa aneja), al prever en su art. 7 una suerte de «mini-Colegio» al que se encomendaba la aprobación de las normas internas de procedimiento de la EPPO, y que estaría formado por diez miembros: el Fiscal Europeo, sus cuatro Adjuntos y cinco Fiscales Delegados, nombrados por turno rotatorio, que debían reflejar «el espectro demográfico y geográfico» de todos los Estados miembros.

19. En el momento de escribirse estas líneas no se ha promulgado todavía el Reglamento de la EPPO. Si todo marcha según lo previsto, el Reglamento obtendrá el respaldo del Parlamento Europeo y se adoptará definitivamente entre octubre y diciembre de 2017; si bien la EPPO no podrá empezar a funcionar efectivamente hasta pasados como mínimo tres años desde la entrada en vigor del Reglamento (cf. el art. 120). En cualquier caso, dado el estado actual de los trabajos legislativos, no es de esperar que se produzcan ya cambios significativos en cuanto a los aspectos que son objeto de este trabajo.

La Comisión entendía entonces que una asamblea permanente con capacidad de decisión en cuestiones o asuntos de despacho ordinario, pero constituida según parámetros nacionales (un representante por cada Estado miembro), resultaría poco práctica y lastraría gravemente la capacidad operativa de la nueva institución, poniendo en riesgo su independencia respecto de los Estados miembros y restando eficacia a sus actuaciones. Se argüía además que la creación de un organismo de las características de la Fiscalía Europea requería una lógica diferente de la que se había utilizado hasta ahora para constituir los organismos e instituciones de cooperación europea en materia penal (singularmente, Eurojust); y que en el Derecho comparado occidental no existen precedentes de órganos colegiados de investigación y persecución criminal, dada su escasa utilidad práctica.

A juzgar por las reacciones que suscitó la propuesta de Reglamento de 2013 en los Estados miembros, ninguno de estos argumentos resultó del todo convincente. Varios de los dictámenes motivados que emitieron los Parlamentos nacionales en las semanas posteriores a la publicación de la propuesta manifestaron que tanto el principio de subsidiariedad como la legitimidad misma de la nueva institución requerían que se abandonase el modelo jerárquico por otro inspirado en el principio de colegialidad, dando entrada en sus centros de toma de decisiones a miembros que actuaran en calidad de nacionales de los distintos Estados y que, al mismo tiempo, tuvieran una vinculación estrecha con los sistemas judiciales internos de los mismos (es decir, lo más parecido a un *enlace* con las autoridades nacionales). En su respuesta a los Parlamentos nacionales, la Comisión negó que la adopción de una estructura jerárquica vulnerara por sí sola el principio de subsidiariedad; e insistió en que, en todo caso, la Fiscalía Europea es un organismo de la Unión, por lo que en realidad la concreta forma que revista su organización interna no es una cuestión que haya que dilucidar en el plano de la aplicación del principio de subsidiariedad[20].

Sea como fuere, las discusiones que se sucedieron en el seno del Consejo tras retomar los trabajos de elaboración del proyecto de Reglamento arrojaron como principal resultado la remodelación de la estructura organizativa original y su sustitución por la que se propone actualmente. Los recelos que, desde el punto de vista de la independencia de la Fiscalía Europea, pudiera despertar la introducción de elementos nacionales en el gobierno interno de la misma, se

20. Según el razonamiento de la Comisión, «*una estructura colegial no es necesariamente menos centralizada que la estructura de la propuesta: es tan solo una manera diferente de organizar la Fiscalía Europea, que, en todo caso, seguirá siendo un órgano de la Unión. Por lo tanto, la comparación entre un modelo descentralizado de la propuesta y la estructura colegiada preferida por algunos Parlamentos nacionales no es una comparación entre la acción a nivel de la Unión y la acción a escala de los Estados miembros, sino una comparación entre dos posibles modos de acción a nivel de la Unión. En opinión de la Comisión, esta no es una cuestión relativa al principio de subsidiariedad*». Al respecto, *vid.* COM (2013) 851, apdo. 2.5.

intentan salvar ahora por dos vías: de un lado, se establece que el Colegio no podrá tomar decisiones en relación con asuntos particulares. De otro lado, el art. 6 se cuida de incluir a todos los miembros del Colegio (aunque no al Colegio mismo como tal, lo que puede resultar significativo) en la enumeración de los sujetos beneficiarios del estatuto de independencia que proclama (especificando, además, que en el ejercicio de sus funciones deben atender siempre al «interés general de la Unión»).

Junto al Colegio, se prevé adicionalmente la creación por parte de éste de un número indeterminado de Cámaras (o Salas) Permanentes dentro de la Fiscalía Europea. Pese a que se trata de piezas clave en el organigrama, el Reglamento no predetermina su número, ni la forma de erigirlas, ni el reparto de asuntos entre ellas, ni tampoco el procedimiento para la toma de decisiones en su seno; cuestiones que deberán abordar, llegado el momento, las normas internas de funcionamiento que apruebe el Colegio. Lo que sí se establece es que cada Cámara Permanente tendrá tres miembros, y que estará presidida bien por el Fiscal General, o bien por alguno de sus Adjuntos o por el Fiscal Europeo que se designe a tal efecto. La función principal de las Cámaras Permanentes consistirá en la toma de determinadas decisiones críticas para la persecución de los delitos que son de competencia de la Fiscalía Europea. Concretamente, serán las Cámaras Permanentes quienes deban efectuar la asignación (y, en su caso, la reasignación) de asuntos entre los Fiscales Delegados, así como acordar la acumulación de distintas causas (o la división de una causa en otras más simples). Podrán también ordenar a un Fiscal Delegado que inicie una investigación criminal, o que ejercite la facultad de avocar un asunto del que estén conociendo las autoridades nacionales del Estado en el que preste sus servicios; e incluso dar órdenes o instrucciones vinculantes acerca del modo en que los Fiscales Delegados han de llevar los asuntos en los que estén interviniendo. Además, corresponderá a las Cámaras Permanentes decidir, a la vista de los borradores de resolución que les hagan llegar los Fiscales Delegados que se encuentren bajo su supervisión, si finalmente se ejercita la acusación, si por el contrario la causa se archiva, si se intenta una transacción con el presunto autor de los hechos o si se remite la causa a las autoridades nacionales de algún Estado miembro. Obsérvese, con todo, que algunas de las decisiones de las Cámaras Permanentes son delegables en los Fiscales Europeos, en los términos del art. 10.7 del Reglamento.

En el apartado competencial, el Reglamento establece un sistema de «competencia compartida» entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales: estas no van a perder por principio la competencia para investigar las conductas que caen dentro del radio de acción de la Fiscalía Europea (que son, en esencia, los delitos comprendidos en la Directiva PIF y los «inextricablemente» unidos a ellos); pero si la Fiscalía Europea (a través, normalmente, de su Fiscal Delegado

en el Estado miembro de que se trate) inicia una investigación en relación con un caso concreto, o decide avocar el conocimiento de una investigación que ya esté en marcha (para lo cual dispone con carácter general de un plazo de cinco días desde que haya tenido noticia de la existencia de la misma), las autoridades nacionales deberán colaborar con ella en todo aquello que sea preciso para concluir con éxito la investigación y, sobre todo, deberán abstenerse de actuar por su cuenta y riesgo en relación con ese caso, exceptuándose tan solo las medidas urgentes que resulte necesario adoptar[21]. Los conflictos o discrepancias sobre la competencia de la Fiscalía Europea para conocer de asuntos determinados (especialmente en los supuestos de conexidad) deberán ser resueltas, en principio, por los tribunales nacionales (cada Estado miembro tendrá que especificar cuál de sus tribunales en concreto se encargará de este cometido); pero la última palabra al respecto parece que corresponderá en todo caso al TJUE[22].

De cara al futuro, es muy posible que la Fiscalía Europea acabe asumiendo competencias más allá de los estrechos límites que marca la Directiva PIF, en línea con las expectativas que durante estos años han albergado países como Italia o incluso la propia España[23].

Por lo que respecta a la vertiente funcional u operativa, el protagonismo recaerá principalmente sobre los Fiscales Delegados, que son la auténtica piedra de toque del sistema: se trata de fiscales (o jueces) nacionales que, una vez nombrados, operarán como agentes de la Fiscalía Europea en su Estado miembro de origen, disponiendo de las mismas facultades que los fiscales nacionales de su país en relación con los asuntos de los que conozcan en calidad de Fiscales Delegados. Son ellos quienes llevarán directamente las investigaciones y quienes sostendrán la acusación ante los tribunales del Estado donde vaya a tener lugar el plenario, participando en la práctica de la prueba y, eventualmente, interponiendo los recursos que procedan frente a las resoluciones que se dicten. Ahora bien, los Fiscales Delegados no serán enteramente libres de dirigir las actuaciones a su albedrío: el Reglamento precisa que en todo momento deberán acatar las órdenes y las instrucciones de la Cámara Permanente correspondiente, así como las indicaciones del Fiscal Europeo que sea su supervisor.

---

21. Arts. 25 y 28 del Reglamento.

22. Arts. 25.6 y 42.2 del Reglamento.

23. Desde un principio se discutió la posibilidad de extender la competencia de la Fiscalía Europea a la investigación de la criminalidad organizada de alcance transfronterizo. Más recientemente, en el discurso sobre el estado de la Unión de 2017, el Presidente de la Comisión ha manifestado su convicción de que la nueva institución debería asumir cuanto antes la persecución del terrorismo internacional. Se puede encontrar el texto del discurso en: www.europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_en.htm (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017).

Se prevé que existan al menos dos Fiscales Delegados en cada Estado participante en la Fiscalía Europea; número que puede incrementarse si así lo estima oportuno el Fiscal General Europeo, previo acuerdo con las autoridades nacionales. Los Fiscales Delegados no estarán sujetos a un régimen de dedicación exclusiva, sino que podrán seguir ejerciendo como fiscales nacionales (es lo que se ha dado en llamar «sistema de doble sombrero» o *double-hat approach*). Si llega un momento en el que sus encargos internos les impiden desempeñar su función como Fiscales Delegados, deben ponerlo en conocimiento de su Fiscal Europeo de referencia, que consultará entonces a las autoridades nacionales para determinar el orden de prioridades o, alternativamente, propondrá a la Cámara Permanente la reasignación del caso en favor de otro Fiscal Delegado que opere en el mismo Estado miembro.

Finalmente, en materia de prueba, el art. 37 del Reglamento especifica que el simple hecho de que las pruebas presentadas (sea por el Fiscal Delegado del caso o por la defensa) hayan sido obtenidas en un Estado miembro de aquel en el que se pretenden hacer valer, o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro diferente, no es motivo válido para su inadmisión en el proceso. Según el Considerando n. 80 del Reglamento, esta regla sólo se exceptuaría cuando el tribunal apreciase que la recepción procesal de las pruebas obtenidas en el extranjero compromete la imparcialidad del procedimiento o los derechos de defensa del acusado reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. En este punto, es significativo que se haya suprimido el inciso que sí incluía la propuesta de la Comisión de 2013, que prohibía someter a las pruebas presentadas por los Fiscales Delegados a ningún trámite de examen o validación previos en el Estado donde hubiera de tener lugar el juicio[24].

4. Prospectiva sobre la implantación de la Fiscalía Europea en España

A la vista de las consideraciones que preceden, parece obvio que la configuración final de la Fiscalía Europea no encaja bien con el actual modelo español de instrucción penal. Ciertamente, la figura del fiscal instructor no nos es del todo ajena, pues existe ya desde hace años en el ámbito de la justicia de menores (cf. los arts. 6, 16 y 23 LORPM y el art. 3.5 EOMF). Sin embargo, es evidente a estas alturas que la efectiva implantación de la Fiscalía Europea en España requerirá de una importante labor de adaptación legislativa; pues, como se aca-

24. Para un tratamiento más completo de esta cuestión (aunque centrado principalmente en la EPPOPr de la Comisión de 2013), *vid.* HELENIUS, D., «Admissibility of Evidence and the European Public Prosecutor's Office», en ASP, P. (Ed.), *The European Public Prosecutor's Office: Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm University Press, Estocolmo, 2015, pp. 178-209.

ba de decir, el Reglamento impone la necesidad de nombrar al menos dos Fiscales Delegados españoles, a quienes se deberán conceder plenas facultades para asumir la instrucción de las causas por los delitos comprendidos en la Directiva PIF.

En concreto, los Fiscales Delegados deben poder «ordenar o solicitar», como mínimo, cualesquiera diligencias previstas en la legislación nacional para la investigación de delitos similares o análogos a los incluidos en la Directiva; y, en todo caso, las diligencias de investigación enumeradas en el art. 30 del Reglamento, por lo menos cuando el delito perseguido lleve aparejada una pena cuya cuantía máxima supere los cuatro años de prisión (en delitos de menor gravedad, queda a discreción de los Estados miembros decidir si atribuyen estas facultades de investigación a los Fiscales Delegados o no). En este sentido, ha de tenerse en cuenta que, entre otras medidas, el art. 30 del Reglamento incluye los registros de vehículos, domicilios, bienes, documentos, efectos personales y equipos informáticos; la intervención de comunicaciones electrónicas de la persona investigada; las entregas vigiladas de mercancías; y la localización y el seguimiento de objetos mediante dispositivos técnicos (si bien, en los tres últimos ejemplos citados, los Estados pueden restringir el empleo de la medida de modo que solamente se adopte para investigar delitos especialmente graves). Como es sabido, en España hoy por hoy el Ministerio Fiscal no puede ordenar directamente la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, y el criterio que se sigue en la práctica es el de la judicialización de las diligencias de la Fiscalía tan pronto como se pone de manifiesto la necesidad de acordar medidas de esa índole[25]. Desde esta óptica, el exiguo marco normativo que proporcionan los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim para las diligencias preprocesales del fiscal es a todas luces insuficiente para dar cobertura a la actuación investigadora de los Fiscales Delegados de la EPPO. Como el Reglamento no predetermina solución alguna, dejando esta cuestión al criterio del legislador interno, parece claro que, en el actual estado de cosas, los Fiscales Delegados españoles no tendrán total autonomía investigadora; sino que deberán contar con un Juez de Instrucción (es de suponer que de la Audiencia Nacional) que ejerza a modo de «juez de garantías» cuando sea precisa la intervención judicial.

Por otro lado, y en estrecha relación con lo anterior, no existe actualmente en España un régimen adecuado de recursos que permita el control judicial de las decisiones procesales de un eventual fiscal instructor; lo cual reviste gran importancia en multitud de cuestiones relacionadas con la tramitación de la ins-

25. Al respecto, *vid.* la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado, sobre las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. Para un estudio completo, *vid.* Aguilera Morales, M., *Las diligencias de investigación fiscal*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2015.

trucción (piénsese, sin ir más lejos, en decisiones como la adopción de medidas cautelares, que afectan directamente a derechos de la persona investigada). Dado que, a estos efectos, el art. 42.1 del Reglamento se remite una vez más a los «*requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional*», sería muy conveniente (particularmente desde un punto de vista constitucional) introducir las modificaciones pertinentes para posibilitar ese control. Al mismo tiempo, sería deseable también definir un régimen de responsabilidad ajustado a las nuevas atribuciones de la Fiscalía, sin excluir las posibles responsabilidades penales; para lo cual habría que revisar seguramente la actual redacción de los arts. 446 a 449 CP.

No debe perderse tampoco de vista que el Reglamento establece un estatuto de independencia, que se predica no solo de la Fiscalía Europea como institución, sino también de todos y cada uno de sus integrantes, que deben actuar siempre «*en interés de la Unión en su conjunto*», sin aceptar instrucciones de ninguna persona ajena a la EPPO, ya se trate de una autoridad de un Estado miembro o de un cargo u organismo de la propia Unión[26]. En lo que ahora nos ocupa, el Reglamento consagra expresamente la independencia de los Fiscales Delegados en tanto que órganos de persecución penal en sus Estados miembros de origen, protegiéndolos con una relativa garantía de inamovilidad; y conmina a los Estados a respetar su independencia, absteniéndose de influir en el ejercicio de sus funciones[27]. Sin embargo, dada la actual configuración orgánica y funcional de la Fiscalía española (que, como es sabido, deriva directamente del art. 124 CE), y dado también que los Fiscales Delegados seguirán manteniendo su condición de fiscales nacionales en activo, existe un claro riesgo de que las previsiones del Reglamento en este punto tan crucial se acaben desnaturalizando en España (cuando no ignorando por vía de hecho); pues es claro que, hoy por hoy, no existe entre nosotros una cultura jurídica, ni tampo-

---

26. Art. 6 del Reglamento. El Considerando n. 16 ofrece además la siguiente explicación para esta disposición: «*puesto que se van a otorgar a la Fiscalía Europea poderes para la investigación y el ejercicio de la acción penal, deben establecerse garantías institucionales que aseguren la independencia de la Fiscalía Europea y obliguen a esta a rendir cuentas ante las instituciones de la Unión*».

27. Sobre la necesidad de asegurar la efectiva independencia de la Fiscalía Europea y sus agentes, *vid.* LIGETI, K. y SIMONATO, M., «The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?», *New Journal of European Criminal Law*, 4-2013, p. 12; y también LIGETI, K. y WEYEMBERGH, A., «The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues», en ERKELEN, MEIJ y PAWLIK (Eds.), *The European Public Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, La Haya, 2015, p. 56. El consenso a favor de la independencia de la Fiscalía Europea aparece reflejado en el Libro Verde de la Comisión de 2001 y en las respuestas al mismo, pero también (y mucho más recientemente) en las recomendaciones 6ª y 7ª de la Resolución del Parlamento Europeo de 29 de abril de 2015 (P8_TA-PROV(2015)0173); así como en el dictamen consultivo que emitió la Agencia Europea de Derechos Fundamentales [FRA Opinion 1/2014 (EPPO), de 4 de febrero de 2014]. Este último, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH, hace especial hincapié en la naturaleza «cuasi-judicial» de la figura del Ministerio Público, y en consecuencia insta al legislador europeo a suministrar reglas más claras y salvaguardias más concretas para garantizar la independencia, la imparcialidad y la responsabilidad de la EPPO. El documento completo se puede encontrar en: www.fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-opinion-european-public-prosecutors-office_en.pdf (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017).

co un orden constitucional, en los que la figura del fiscal independiente resulte fácilmente asimilable[28].

Evidentemente, ninguno de los aspectos que se acaban de enumerar implica de suyo la estricta necesidad de promulgar un nuevo Código Procesal Penal; ya que muy posiblemente cabría implantar la Fiscalía Europea en España limitándose a hacer una serie de ajustes normativos en la legislación procesal vigente (y probablemente sea lo más aconsejable, habida cuenta del escaso volumen de asuntos que, previsiblemente, pasarán por las manos de los Fiscales Delegados españoles). Pero si, como al parecer se pretende, la figura de los Fiscales Delegados se acaba erigiendo en la punta de lanza del cambio de modelo instructor en nuestro país, debería tal vez aprovecharse la oportunidad para relanzar un debate riguroso y profundo sobre las implicaciones de ese cambio a todos los niveles, empezando por la revisión del estatuto jerárquico de nuestra Fiscalía y su relación de dependencia con respecto al Ejecutivo.

5. Bibliografía

Aguilera Morales, M., *Las diligencias de investigación fiscal*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2015.

Asp, P. (Ed.), *The European Public Prosecutor's Office: Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm University Press, Estocolmo, 2015.

Bachmaier Winter, L., «The Potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17. July 2013», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, volumen 23, 2-2015.

Caianiello, M., «The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21-2013.

Delmas-Marty, M. (Ed.) *Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Economica, París, 1997.

Delmas-Marty, M., «La genése du projet du procureur européen», en Marzbahn, P. G. (Ed.), *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Dalloz, París, 2010.

Delmas-Marty, M. y Vervaele, J. A. E. (Eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States* (4 vols.), Intersentia, Amberes, 2000.

Erkelen, Meij y Pawlik (Eds.), *The European Public Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer Verlag, La Haya, 2015.

Espina Ramos, J. A. y Vicente Carbajosa, I. (Dirs.), *La futura Fiscalía Europea*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

28. En general sobre los riesgos que entraña el *double-hat approach*, *vid.* Meij, A., «Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review», en Erkelen, Meij y Pawlik (Eds.), *The European Public Prosecutor's Office..., op. cit.*, p. 111; y también Pawlik, M. y Klip, A., «A Disappointing First Draft for a European Public Prosecutor's Office», en Erkelen, Meij y Pawlik (Eds.), *op. cit.*, p. 185.

FROMAGE, D., «The Second Yellow Card on the EPPO Proposal: An Encouraging Development for Member State Parliaments?», *Yearbook of European Law*, 2015.

LIGETI, K. (Dir.) *Toward a Prosecutor for the European Union 1: A Comparative Analysis,* Hart Publishing, Oxford, 2013.

LIGETI, K. y SIMONATO, M., «The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?», *New Journal of European Criminal Law*, 4-2013.

LUCHTMAN, M. y VERVAELE, J., «European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)», *Utrecht Law Review*, 5-2014.

MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NOWAK, C. (Ed.), *The European Public Prosecutor's Office and National Authorities*, Cedam-Wolters Kluwer, Milán, 2016.

PÉREZ MARÍN, M. Á., «La futura Fiscalía Europea», en JIMENO BULNES, M. (Dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del Espacio Judicial Europeo*, Bosch, Barcelona, 2016.

WADE, M., «A European Public Prosecutor: Potential and Pitfalls», *Crime, Law and Social Change*, 59-2013.

WHITE, S., «Towards a Decentralised European Public Prosecutor's Office?», *New Journal of European Criminal Law,* 4-2013.

WIECZOREK, I., «The EPPO Draft Regulation Passes the First Subsidiarity Test: An Analysis and Interpretation of the European Commission's Hasty Approach to National Parliaments" Subsidiarity Arguments», *German Law Journal*, 5-2015.

La creciente presencia del principio de oportunidad en el proceso penal. En particular en el juicio por delitos leves y en el procedimiento por aceptación de Decreto del fiscal

Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

1. Los principios procesales no son inmutables

La perspectiva de los principios procesales es un marco idóneo para la realización de cualquier análisis del proceso penal, pero lo es especialmente en un momento como el presente, «de transición», esto es, a la espera de poder verter la atención en *El proceso penal del nuevo Código Procesal Penal*. Marco idóneo porque suscita la reflexión y eso siempre es bueno.

En cualquier caso, la exposición será breve y casi esquemática, respetando el siguiente guión: se parte de la certeza de que los principios procesales no son inmutables, sino que están en revisión permanente, unido ello a factores sociales, políticos e ideológicos varios. Se pone el foco en la presencia de diversas *paradojas* en el terreno de los principios, en particular en cuanto a su presencia en los órdenes penal y civil. Para llegar a la destacable *privatización* del Proceso penal como consecuencia de la creciente presencia del principio de oportunidad en su ámbito, en particular en estas breves líneas en el Juicio por delitos leves y en el procedimiento por aceptación de decreto del Ministerio Fiscal.

Es clásica la distinción entre principios del procedimiento y del proceso[1] y lo es asimismo —si bien con múltiples matices— la calificación técnico-jurídica de

1. Obviamos la cita por innecesaria, pero podemos retrotraernos a las explicaciones de CHIOVENDA, G., en *Principios de Derecho Procesal Civil*, ed. REUS (edición traducida por Casáis y Santaló, J.), Madrid, 1925.

los primeros, en tanto que la naturaleza más marcadamente ideológica o política de los segundos.

El punto de partida aquí son estos últimos, es decir, los principios que se relacionan con la naturaleza del correspondiente Derecho material, y que se plasman en las relaciones del Juez y las partes y en concreto en el poder de disposición sobre el objeto del proceso, sobre el propio proceso, y sobre la iniciativa probatoria, por mencionar las materias más destacables. Es decir, nos interesa el juego de los dos principios fundamentales que informan respectivamente el proceso civil y el penal: dispositivo en sentido amplio (y de aportación y justicia rogada) el civil, y de legalidad y de oficialidad el penal.

Explicaba la doctrina clásica (italiana y española) que una de las características más constantes de las organizaciones jurídicas liberales de la época de la codificación era la rígida distinción en el ámbito de la función jurisdiccional entre el proceso civil y el proceso penal[2].

Por eso llama la atención que en los últimos años se ha ido produciendo un fenómeno de aproximación entre los procesos civil y penal, especialmente en el terreno de los principios, que en España resulta particularmente visible desde las últimas reformas del año 2015. Fenómeno de aproximación que nada tiene qué ver con la extensión de las garantías del derecho de defensa (o las garantías de oralidad y publicidad, más exigentes en el proceso penal) al resto de órdenes jurisdiccionales, por obra de la doctrina del TC principalmente. Nos referimos a un fenómeno de aproximación entre los mencionados principios del proceso.

Y ello hasta el punto de que algún sector doctrinal afirma que se ha originado así una clara confusión en sucesivas reformas legales en uno y otro ámbito, «*en las que no se percibe suficientemente la diferencia que se consideraba peculiar en cada uno de los órdenes civil y penal.* (…) *Y que la confusión aumenta cuando, tras dicha convergencia reaparece la antigua divergencia, si bien paradójicamente revirtiendo su contenido originario, de manera que el proceso civil incorpora abundantes notas anteriormente propias del proceso civil, y viceversa*»[3]. Destacando, en un planteamiento con el que coincido enteramente, que la cuestión interesante al respecto es la siguiente: ¿se es plenamen-

---

2. En la doctrina italiana sirva al efecto Calamandrei, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen I, ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, especialmente en el análisis realizado en su Parte Primera («Premisas históricas y sistemáticas»"), Sección Primera («El nuevo Código y sus precedentes históricos»), pp. 81 y ss. En la doctrina española, cabe mencionar, por todos, las explicaciones de Gomez Orbaneja, E., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1947, pp. 35-36.

3. En particular Armenta Deu, T. (Coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal, ¿una dirección adecuada?*, *op. col*., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 7 y ss.

te consciente del fenómeno y por ende de sus consecuencias? Y si es así: ¿se asumen estas consecuencias por defender que la situación previa carecía de fundamento y por ello la realidad actual ha de valorarse positivamente?, ¿o no es así y en consecuencia debería rectificarse el rumbo?

En este sentido, es obvio que los principios específicos de los procesos penales —y civiles— no son inmutables, sino que van variando de forma perceptible. Muchas son las influencias y en consecuencia las razones que lo explican. Y de ahí la multiplicidad de Teorías Unitaristas, Revisionistas y Críticas, entre otras, a las que seguidamente haré breve referencia.

Pero es un hecho innegable que la vigencia del principio dispositivo (en sentido amplio)[4] en el proceso civil requiere cada vez más una multiplicidad de matizaciones, por lo que se refiere al reforzamiento del papel del Juez y consiguiente aumento de las obligaciones procesales en el orden civil. Matizaciones que conectan con la denominada *publicización* del proceso civil español, que a lo largo del siglo XX y con muy diversos visos, ha ido desarrollando una clara tendencia al aumento de los poderes del Juez en el proceso civil, frente a la idea de que las partes son las dueñas del proceso[5].

El momento culmen de esta tendencia en España se produjo con ocasión de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) en el año 2000[6], pero la tendencia ha proseguido con posterioridad.

---

4. Entendido en el sentido que menciona CALAMANDREI, P., *Instituciones …, op. cit.*, p. 404, no solo en el sentido de que las partes pueden disponer de la acción y fijar los límites del *thema decidendum*, sino además en el sentido de que a las partes corresponde la elección y la proposición de los medios de prueba.

5. En el sistema italiano, se plasmó en el Código de Procedimiento Civil de 1949 el reforzamiento del deber cívico de colaboración con la Justicia se plasmó a través de una multiplicidad de disposiciones con las cuales se hace más extenso y se sanciona más rigurosamente el deber de los ciudadanos de ponerse a disposición de los órganos judiciales para colaborar en el logro de los fines de la Justicia. CARNELUTTI, F., *Istituzioni del proceso civile italiano*, 3ª edición, ed. Foro Italiano, Roma, 1942, ns. 232-235, habla a este respecto de un «servicio público judicial netamente análogo al servicio militar», en una orientación publicística destacada asimismo por CALAMANDREI, P. (*Instituciones …*, *op.cit.*, p. 412).

6. Como se lee en la Exposición de Motivos (VI) de la LEC, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos. Y esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.

Efectivamente, la LEC supuso un importante puntal en esta orientación, pudiendo destacar al respecto las disposiciones legales sobre el control de los presupuestos procesales, la limitación constante del poder de las partes en la fijación de la competencia territorial, la regulación de las Diligencias Preliminares y las facultades coercitivas que la acompañan, la regulación de las Diligencias Finales (y en particular el art. 435.2), el espíritu de las normas legales sobre la buena fe en la LEC (art. 247.2) (que obligan a los Tribunales a rechazar las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal), el art. 400 LEC, el art. 429.I.2 LEC en relación con la proposición de la prueba, la regulación del deber de exhibición documental por terceros, etc.

Desde otros puntos de vista, pero como manifestaciones igualmente encuadrables en esta misma dirección, la función de evitación del proceso que cumple el trámite de la Audiencia Previa (la invitación del Juez a abandonar el proceso o a ponerle fin anticipadamente a través de diversas vías que excluyen el proceso), el criterio de valoración judicial de la conducta procesal de las partes presente en la regla de juicio de la carga de la prueba y en la formulación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, pero también en la propia valoración de las pruebas (ya hay jurisprudencia al respecto), ello por su vinculación directa con el deber constitucional de colaboración de las partes con los Tribunales de Justicia[7]; sin olvidar, por supuesto, el paso de la legitimación individual a modalidades de legitimación extraordinaria concedida a grupos de personas en relación con intereses supraindividuales en sentido amplio (las acciones de cesación son un buen ejemplo), terreno éste en el que no se puede negar el cambio de la concepción marcadamente individualista de la LEC/1881 con el reconocimiento de la legitimación plural.

---

7. Cuya proyección sobre el ámbito de la prueba se manifiesta con nitidez ya en el momento de producción y proposición de las pruebas , y muy especialmente en un momento posterior, habiendo de realizar las partes toda la actividad tendente a su práctica, salvo que renuncien a la misma, porque sin duda la pasividad y la falta de colaboración de cualquiera de los litigantes en el ejercicio de esta función puede acarrear consecuencias desfavorables para los intereses de quien teóricamente aparece como beneficiado por la falta de la prueba de un hecho relevante. Siendo esto así, la violación de las reglas de la buena fe que deben respetarse en todo tipo de procedimientos a través de las actitudes expuestas en cualquiera de los capítulos relacionados con la prueba en el proceso es expresiva de una conducta procesal de parte que debe ser apreciada y valorada libremente por el juzgador en el conjunto de la prueba. Por ello, debe partirse de la importancia de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria en el ámbito de la carga de la prueba, pero en el bien entendido de que la condición de su aplicación judicial no queda limitada estrictamente a la existencia de duda o incerteza. Porque si es cierto que pueden trascender del ámbito de la carga de la prueba, ello ha de significar que puedan jugar un papel en la libre valoración de las pruebas. Este planteamiento ha sido refrendado por la jurisprudencia del TS, a través de lo dispuesto en la STS de 16 de diciembre de 2013, al afirmarse en ella expresamente que «*la doctrina elaborada acerca de las reglas de disponibilidad y facilidad probatoria ha de ser aplicada, tanto en la carga de la prueba como en la valoración de la prueba, otorgando suficiente valor probatorio a pruebas que, en otras circunstancias, pudieran haber sido consideradas insuficientes, cuando la causa de las debilidades probatorias sea imputable a la postura obstaculizadora de la parte a quien beneficia*».
Cfr. González Granda, P., «La valoración de la prueba», en González Cano, I. y Romero Pradas, I. (Dirs.), *La prueba*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 141 y ss. Y en un trabajo anterior, «Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en Cortés Domínguez, V. (Coord.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Las causas tendentes a la publicización del proceso civil son diversas y operan todas en la misma dirección. Cabe destacar el relevante papel que juega en este punto la política legislativa europea, con la consiguiente transposición de Directivas al ámbito interno. Muy recientemente hemos asistido a la incorporación de los arts. 283.bis y ss. en la LEC, que son buena muestra del reforzamiento del papel del Juez en el proceso civil (si bien por el momento en un ámbito muy limitado)[8].

Por lo que se refiere al proceso penal, igualmente es imprescindible la realización de toda una serie de matizaciones en orden a la vigencia del principio de legalidad /vs. oportunidad, y algunas de ellas constituyen precisamente el objeto de este breve análisis.

2. La paradoja de la *publicización* del proceso civil y la *privatización* del proceso penal

Si bien se mira, estamos en presencia de una paradoja, al coincidir precisamente la *publicización* del proceso civil con la *privatización* del proceso penal.

Situación paradójica y un tanto contradictoria que cabe observar dentro de esa tendencia de los principios del proceso, de modo que en el proceso civil avanzamos hacia el reforzamiento de la figura del papel del Juez en el proceso, y sin embargo en el proceso penal español (y continental en general), la deriva es imparable hacia un reforzamiento del papel de las partes, en una configuración en la que parece guiarse por el proceso adversativo norteamericano.

---

8. Fijémonos especialmente en las consecuencias sancionadoras correspondientes a la obstrucción de las medidas de acceso a fuentes de prueba del art. 283.bis.h) LEC, que bajo el enunciado de «Consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba», y siguiendo al efecto el mandato imperativo de la Directiva 2014/104/UE en cuanto a la determinación de las situaciones sancionables , dispone que, sin perjuicio de que el Tribunal pueda acordar la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren, y sin perjuicio asimismo de la responsabilidad penal en la que en su caso se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial, el solicitante de las medidas de acceso a las fuentes de prueba puede pedir al tribunal que imponga alguna de las medidas enucleadas en los subapartados a), b), c) y d) del apartado 1 del art. 283. bis., que incluye la posibilidad de tener al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular, así como la posibilidad de desestimar total o parcialmente las excepciones o reconvenciones que el sujeto afectado por la medida pudiese ejercitar en el proceso principal. El legislador sigue en este punto las prescripciones de la Directiva, que exige que se incluya entre las sanciones la posibilidad de extraer conclusiones adversas tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada, o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente.
De modo que se trata de la transposición de unas disposiciones imperativas, y por ello el objeto de la crítica no es tanto en su caso el legislador nacional sino el europeo.
Vid. al efecto, González Granda, P., «La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, número 2, 2017, pp. 168 y ss,

Paradoja ésta que por sí sola pone de relieve que no es tan fácilmente asimilable el tipo de sistema político (ya autoritario/ ya liberal) con un determinado reparto de papeles entre Juez y partes. Asimilación ésta propugnada principalmente en la doctrina italiana en relación con el Código promulgado en la etapa fascista, el *Codice di Procedura* de 1940, queriéndose ver en el fortalecimiento del papel del Juez una concepción autoritaria de las relaciones entre el Estado y el individuo, y menos garantista de los derechos individuales[9].

Estoy de acuerdo en que la ecuación no puede formularse de un modo tan simple. Y creo que la paradoja mencionada permite hacer dudar. Porque si resulta que cabe hablar de reformas liberales y autoritarias en el proceso civil, atendiendo fundamentalmente a si contemplan mayor disponibilidad de las partes o un incremento de las funciones del Juez, cabe cuestionarse cómo haya que entender entonces el reforzamiento del papel de las partes en el ámbito de las reformas procesales penales.

Lo cierto es que la formulación de la tendencia señalada permite hacer dudar de que exista una correlación tan clara y directa entre tales parámetros, dado que coexisten en sentidos contradictorios y dentro de un mismo sistema político.

Desde su particular punto de vista, señala MONTERO AROCA en diversos trabajos recientes que en realidad «*estamos ante la esquizofrenia cuando unas misma personas propugnan, por un lado, la limitación de las facultades del Juez penal (con referencia al sistema penal acusatorio), mientras que por otro lado siguen refiriéndose al proceso civil social en el que es necesario el aumento de las facultades del Juez para que se pueda lograr una mejor Justicia*»[10].

Reflexión distinta sugiere por supuesto la cuestión de fondo, entendiendo por ella el análisis de las bondades de las dos tendencias que constituyen la paradoja mencionada. Efectivamente podemos plantearnos: ¿el aumento de los

---

9. No es preciso insistir en el carácter autoritario del proceso civil implantado por el Código italiano de 1940, entendido este como una acentuación de los caracteres públicos del proceso civil, ni tampoco en la asimilación entre un determinado reparto de papeles entre Juez y partes con un tipo de sistema político autoritario ya liberal. De modo tal que el Código italiano de 1940 sería un Código procesal de corte autoritario, acorde con la ideología del régimen fascista imperante en Italia en aquella fecha. Es interesante al respecto la polémica entablada entre SATTA, S. («Orientamienti e disorientamenti nella scienza del proceso», Foro Italiano, IV, 1937, pp. 276 y ss.) y CRISTOFOLINI, C. («Contro i disorientamenti nella scienza del proceso», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1937, pp. 282 y ss.).
No obstante lo cual debe tenerse presente que CALAMANDREI, P. afirmó siempre el fortalecimiento de los poderes del Juez como uno de los rasgos más destacables del Código de 1940, si bien eso no le impedía considerarlo un Código de carácter liberal y democrático. *Vid.* al repecto CIPRIANI, F., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 335.

10. MONTERO AROCA, J. (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos,* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 130 y ss.

poderes del Juez en el proceso civil *social* significa siempre un progreso social y una mejora de la Justicia? Y podemos añadir: ¿y el aumento del principio de oportunidad en el proceso penal significa siempre una mejor Justicia?

Cabe recordar que el fenómeno de la aproximación entre los principios rectores de los procesos civil y penal no es precisamente nuevo, aunque ahora atraviesa una fase distinta, por así decir, que suscita un interés particular.

Desde la codificación del siglo XIX, en época de auge del pensamiento liberal, son diversas las circunstancias que propendieron enseguida a una mayor aproximación entre los principios propios del proceso civil y penal, hasta desembocar en las llamadas Tesis *Unitaristas*, que ayudaron sin duda a la elaboración de una Teoría General del proceso, facilitando así el análisis dogmático del proceso[11]. En Italia CARNELUTTI figura como su firme defensor, al igual que CALAMANDREI, destacando ambos una amplia *zona intermedia* entre el proceso civil y el penal[12], seguidos en la doctrina española por un importante sector doctrinal de la época[13].

Pero es muy interesante resaltar el hecho de que la unificación pretendida era en realidad unidireccional: se propugnaba el acercamiento del proceso civil al penal (con la disminución del principio Dispositivo), pero no a la inversa[14]. Es decir, se intentaba acentuar los aspectos publicísticos del proceso civil, en el sentido de *publicizar* o *penalizar* ese proceso.

Ese pretendido acercamiento del proceso civil al proceso penal, principalmente en lo que se refiere al reforzamiento e incremento de los poderes del Juez en el proceso civil, tuvo su plasmación en el *Codice di Procedura Civile italiano*, de impronta marcadamente *autoritaria*, en el sentido de que acentuaba el carácter público del proceso civil.

---

11. Una de las finalidades pretendidas con las Teorías unitaristas era de carácter técnico-jurídico y trataba de facilitar el análisis dogmático del proceso (CACHÓN CADENAS, M., «Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica», en ARMENTA DEU, T. (Coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal…*, *op. cit*., p. 30).

12. CARNELUTTI, F., «Prove civile e prove penali», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, volumen II, parte 1, p. 3. CALAMANDREI, P., «Linee fondamentali del proceso civile inquisitorio», en VV. AA., *Studo di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel veinticinquesimo anno del suo insegnamento*, Cedam, Padova, 1927, pp. 133-134.

13. Baste aquí citar a GOLDSCHMIDT, J., *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, y ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal», en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974, p. 74.
Concepción unitarista a la que se sumó pronto FAIRÉN GUILLÉN, V., «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 393-394. *Vid.* del mismo autor, y pasado el tiempo, *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 6 y ss.

14. Como recuerda tan acertadamente CACHÓN CADENAS, M., en «Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica», en ARMENTA DEU, T (Coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal*, *op. cit.*, p. 30.

También en la doctrina española de la misma época abundaron los escritos en que se atacaba el principio Dispositivo y se propugnaba el aumento de los poderes del Juez[15]. Y además la doctrina española se alineaba en torno a las Tesis *Unitaristas*, no solo por la influencia de la doctrina italiana, sino también por el hecho de que en nuestro país la enseñanza universitaria del Derecho Procesal así como los Manuales de la época no diferenciaban entre Procesos Civiles y Penales hasta bien entrado el siglo XX[16], situación que propiciaba la adscripción a dichas Tesis.

Por su parte, los llamados planteamientos *Revisionistas* ponen el acento en la crítica de las aportaciones que ha supuesto la *publicización* del proceso civil, en el entendido de que algunas de sus manifestaciones son muestra de una ideología autoritaria en la que se subordinan los derechos de las partes a los poderes del Juez, y de que *es tiempo de invertir la ruta, además porque, desde el momento en que entró en vigencia la Constitución republicana, es doblemente absurdo que se insista en reforzar al Juez y en debilitar a las partes, en cuanto nuestra Constitución quiere un proceso civil construido desde el punto de vista de quien pide justicia y no ciertamente desde aquél de quien debe rendirla*[17].

Claro que se puede negar la base ideológica de los principios del proceso, y de hecho se ha efectuado dicha negación, que comparto en línea de principio. Efectivamente, no se puede olvidar la crítica a los llamados Planteamientos *Revisionistas,* bien representada en nuestra doctrina por PICÓ I JUNOY, al afirmar que mediante la ideologización de las iniciativas materiales de dirección del proceso del Juez *pretende politizarse una cuestión puramente técnica*[18].

---

15. BECEÑA GONZÁLEZ, F., *Magistratura y Justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pp. 345 y ss. MIGUEL Y ROMERO, M., «El Derecho Procesal y su necesaria reforma», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 162, 1933, p. 202. Y «El Código Procesal único», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, número 26, 25 de junio de 1927, pp. 393 y ss. SILVA MELERO, V., «Algunas orientaciones modernas del Derecho Procesal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 170, 1941, p. 236.

16. En ellos se estudiaba la Organización judicial, normas comunes al proceso civil y penal y restantes procesos, y se procuraba exponer el proceso civil y penal del modo más unitario posible. Así, FÁBREGA Y CORTÉS, M., *Apuntes de práctica forense*, ed. La Neotipia, Barcelona, 1908. *Apuntes de procedimientos judiciales*, ed. La Neotipia, Barcelona, 1907. *Vid.* al respecto PICO Y JUNOY, J. (Dir.), *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, y especialmente CACHÓN CADENAS, M., «El aprendizaje del Derecho procesal en la Universidad española», en dicha *op.col.*, pp. 17 y ss. y la bibliografía allí citada.

17. En la doctrina italiana representada principalmente por CIPRIANI, F., de quien son las palabras citadas en el texto en cursiva (en «Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti», *Foro Italiano*, V, 2002, pp. 24 y ss.). También por MONTELEONE, G., quien vierte sus reflexiones como revisionista en «Principi e ideologie del processo civile. Impressioni di un revisionista», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, pp. 575 y ss. Y en España MONTERO AROCA, J., defiende con claridad que los principios del proceso atienden a la esencia de la concepción ideológica, bien de los autores de un código, bien de la doctrina que lo sustenta («Proceso Civil e Ideología», *op. cit.*, pp. 133 y ss.). Y tiempo antes en *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 169-171).

18. PICÓ I JUNOY, J., «El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado», en MONTERO AROCA, J. (Dir.), *Proceso civil e Ideología*, *op. cit.*, pp. 116 y ss; trabajo publicado asimismo en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, número 4, pp. 253-270.

No podemos ahondar aquí en este punto, si bien es extremadamente interesante. Baste decir por mi parte que comparto este último planteamiento, y no tanto por negar la base ideológica subyacente en un determinado texto legal, sino más bien por dar prioridad a una interpretación que, sin negar aquel origen histórico, permita sin embargo un análisis independiente de las instituciones en cuestión.

Pero vayamos al proceso penal.

3. La *privatización* del proceso penal en las últimas manifestaciones normativas

3.1. El binomio *legalidad*/*oportunidad* en la formulación inicial de la LECR

Conforme a esa rígida distinción en el ámbito de la función jurisdiccional entre el proceso civil y el proceso penal, propia de fines del siglo XIX, las manifestaciones del principio de oportunidad en la aún vigente LECr. eran excepcionales en su formulación inicial. Estaba presente en la regulación de la conformidad de la pena más grave previa al Juicio Oral del art. 655 LECr.[19], en el requisito de la denuncia del ofendido en los delitos semipúblicos y de la querella en los privados, en el perdón del ofendido en los delitos privados y en la amnistía e indulto[20].

Con el paso del tiempo y las múltiples reformas, el reforzamiento del principio de oportunidad en el proceso penal (tanto en la LECr. como en el C.P.) es tan evidente que se pone de relieve simplemente a través de la propia formulación que desde la doctrina se hace de él.

Quiere esto decir que tradicionalmente la formulación de los principios de legalidad/oportunidad tenía un campo concreto, señalando bajo qué régimen debe incoarse y finalizarse el proceso penal, de modo que el sistema procesal regido por el principio de legalidad era aquel en el que necesariamente un procedimiento penal debe incoarse ante la sospecha de comisión de cualquier hecho delictivo, sin que el Ministerio Fiscal pueda instar el sobreseimiento, mientras subsistan los presupuestos que lo han originado y además, se haya

19. Podemos recordar que el alcance de la conformidad en el texto original de la LECr. estaba referida solo al procedimiento por delitos graves y su regulación llevaba a que *fuera más una ilusión que una realidad* (en palabras de Barona Vilar, S., *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 586).

20. Para la interpretación de estas instituciones en el marco del proceso penal, nada como las palabras de Gómez Orbaneja, E., en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, *op. cit.*, tomo I, pp. 44 y ss.

descubierto a un presunto autor, es decir, exista un imputado en la causa; y por su parte, un sistema procesal regido por el principio de oportunidad, indicaba que los titulares de la acción penal están autorizados a facilitar su sobreseimiento si se dan los presupuestos legales para ello.

Pero cada vez más son otras asimismo las manifestaciones del principio de oportunidad.

Hay que decir que la doctrina española no ha coincidido inicialmente en la introducción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que la opinión tradicional era defensora a ultranza del principio de legalidad expuesto como acabamos de mencionar líneas arriba[21].

Sin embargo, desde hace ya bastantes años, y en coincidencia con la tendencia europea y el sistema de EEUU, han empezado a surgir partidarios de la instauración de dicho principio, que incluso sin necesidad de grandes reformas legales, vienen defendiendo el principio de oportunidad como integrante del propio principio de legalidad al tratarse de un principio de oportunidad reglada, de modo tal que es la propia Ley la que ha de señalar las reglas a que debe quedar sometida una actividad discrecional en ese sentido[22].

Se puede enmarcar dicha tendencia dentro de lo que la doctrina española ha denominado *proceso fluido, líquido y evanescente,* en el que la incorporación del principio de oportunidad en grandes dosis en las constantes reformas procesales que abrigan los pactos y acuerdos y favorecen la decisiones de archivo juega un importante papel, vinculado además a la política de reducción procesal y de salidas del mismo del proceso mismo, *en el que se vislumbra la fascinación ejercida por el pragmatismo del modelo procesal americano*[23].

---

21. Baste citar a Gómez Orbaneja, E., en cuyo análisis efectuado en su obra *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (*op. cit*., tomo I, pp. 26 y ss.) los principios de legalidad y necesidad del proceso penal son inseparables y devienen directamente de lo dispuesto en el art. 1 de la LECr., que viene a completar la definición del delito, pasando por el concepto de pena que constituye el punto de partida para la fijación del concepto de proceso penal; y de la adecuación contenida en el concepto de la pena se deriva justamente el principio de Necesidad del proceso, dado que está dirigido a satisfacer un interés general y no fraccionable de la colectividad misma. Asimismo, Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada, Tomo II, 1964. Y tiempo atrás, Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* ed. Reus, Madrid, 1912.

22. Gimeno Sendra, V., «Los procesos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, número 2, 1988, pp. 31- 52. *Vid.* asimismo Ruiz Vadillo, E., «El principio de oportunidad reglada», en VV. AA., *La reforma del proceso penal*, *op. cit.*, pp. 387 y ss.; y Conde-Pumpido Ferreiro, C., «El principio de oportunidad reglada; su posible incorporación al sistema del proceso penal español», en VV. AA., *La reforma del proceso penal*, *op. cit.*, pp. 287 y ss. También «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal», *Poder Judicial*, número extra 6, 1989, p. 24.

23. Barona Vilar, S., *Proceso penal desde la Historia*, *op. cit.*, pp. 560 y ss. hace un análisis del fenómeno, con referencia extensiva a otros ordenamientos procesales.

Cabe advertir, no obstante, que dentro de esa deriva clara hacia el reforzamiento del principio de oportunidad en el sentido de «privatización» del proceso penal, por otra parte se refuerza asimismo la presencia del M.F. en recientes reformas de la LECr. y me refiero concretamente a los delitos semipúblicos, ámbito en el que la LO 1/2015 reformó el art. 105.2 que ahora dice: «*En los delitos perseguibles a instancia de la persona agraviada también podrá denunciar el M.F. si aquella fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de protección, o desvalida*». Lo que supone, en contraste, una *publicización* de la persecución de los delitos sujetos a denuncia del ofendido, es decir, de los delitos semipúblicos. Y puede mencionarse asimismo como otra contradicción o paradoja dentro de la propia deriva mencionada.

3.2. El reforzamiento del principio de oportunidad en el proceso penal en las últimas manifestaciones normativas y en los dos anteproyectos frustrados

No entraremos aquí en uno de los puntos estrella en el análisis del principio de oportunidad, que es aquel que viene a vincularlo con la dirección de la investigación por parte del M.F.[24]. Baste recordar que el TC declaró (ya en STC 41/1998, de febrero) que son viables diversos sistemas sin que se vulnere la CE, ya que esta no prevé un modelo específico sino un sistema de garantías, de modo que la opción corresponde al legislador, que puede configurar aquel sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas.

El reforzamiento del principio de Oportunidad ya se produjo de modo destacable con la regulación de los Juicios Rápidos, respecto del cual recordamos perfectamente cómo algunas disposiciones generaron especial controversia, y entre otras la profusión de conformidades[25]. Y aún antes en el Procedimiento

---

24. La bibliografía es abundante al respecto. Sirvan de ejemplo los siguientes trabajos, de tenor diverso unos y otros: Gómez Colomer, J. L., «Experiencias de Derecho Comparado sobre la Instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal», en Gómez Colomer, J. L. y González Cussac, J. L. (Coords.), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedmann,* Universitat Jaume I, Valencia, 1997, pp. 459 y ss. Damián Moreno, J., «¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal», *Diario La ley*, número 7032, 2008. Gimeno Sendra, V., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: una apuesta por la figura del Fiscal Instructor», *Economist & Jurist*, volumen 14, número 100, 2006, p. 57. Del Pozo Pérez, M., «Algunos inconvenientes de la atribución de la Fase de Instrucción al Ministerio Fiscal», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Y, también un pronunciamiento muy claro en Rodríguez Lainz, J. L., «Manifiesto para el mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción», *Diario La ley*, número 9059, 11 de octubre de 2017.

25. Que se incorporaron con la aprobación de la Ley 28/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr., que introduce el Procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato, regulando en los arts. 800.2 y 801 la posibilidad de conformidad, incluso ante el Juzgado de Guardia. La bibliografía es amplia, pudiendo destacar los siguientes trabajos, entre muchos otros: Gimeno Sendra, V., «La conformidad "premiada" de los Juicios Rápidos», *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, número 5, 2004, pp. 5-14; y «Filosofía y principios de los Juicios

Abreviado, pudiendo recordar que fue precisamente a partir de la reforma de la LECr. de 1988 cuando se adoptó la conformidad con un alcance muy distinto al del texto original de la LECr.[26]. Y sin duda las diversas reformas del proceso penal habidas a lo largo del año 2015 incidieron en este punto, y buena muestra de ello es su presencia en el Juicio por delitos leves y en el Procedimiento por aceptación de decreto del Ministerio Fiscal. Asimismo hay que mencionar que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LECrim, ha introducido, en el art. 284.2, una prescripción, conforme a la cual la policía judicial ostenta la facultad de no remitir un atestado a la autoridad judicial, cuando no exista autor conocido y no se trate de un delito público contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción.

Pero los dos Anteproyectos frustrados son asimismo buena muestra de la tendencia al reforzamiento del principio de oportunidad en el proceso penal.

Por lo que se refiere al Anteproyecto de LECr. del año 2011, su Exposición de Motivos (en su Parágrafo XXIV) aludía expresamente al principio de oportunidad, en referencia a tres aspectos concretos de la regulación: los mecanismos alternativos a la acción penal (es decir, el archivo por razón de oportunidad), la conformidad y la mediación.

Con la regulación de los distintos supuestos de oportunidad, dice el Prelegislador que se quiere acabar con una realidad práctica en la que esta institución es sistemáticamente aplicada bajo la cobertura de otras figuras procesales que nada tienen que ver con su finalidad, de tal modo que se sustituya la actual situación de recurso solapado y encubierto a las soluciones de oportunidad por un régimen jurídico completo, que explicita los casos en que puede acudirse a esta solución alternativa, sus requisitos y sus límites legales sujetos a control judicial.

Rápidos», *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 7, 2002, pp. 1557-1562. CACHÓN CADENAS, M., «Los Juicios Rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, número 1-2, 2004, pp. 7-46. SÁEZ VALCÁRCEL, R., «Juicios Rápidos, condenas negociadas, órdenes de alejamiento y deterioro del proceso penal», *Jueces para la democracia*, número 49, 2004, pp. 3-8. PEDRAZ PENALVA, E., «Reflexiones sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos», *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 1, 2003, pp. 13-90. Y ARMENTA DEU, T., «El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, juicio rápido y prisión provisional», *Themis: Revista de Direito*, número 11, 2005, pp. 217-243.

26. Incorporándose la conformidad tanto en el trámite de la formulación del Escrito de acusación como en el acto del Juicio Oral, así como la posibilidad de reconocimiento de hechos en la Fase de Investigación. Sobre este y otros aspectos destacables de la regulación del Procedimiento Abreviado, puede mencionarse la siguiente selección doctrinal: GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, 1988, número extra 2, pp. 31-52. PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en VV. AA., *La reforma del proceso penal*, *op.cit*., pp. 321 y ss.

Es decir, los argumentos a favor del reforzamiento del principio de oportunidad son a su vez argumentos estrictamente de oportunidad.

Desde la perspectiva relativa a los mecanismos alternativos a la acción penal, y siguiendo como referentes la Ordenanza alemana y el Código portugués, introducía el archivo por oportunidad, reservado a los supuestos de delitos castigados con pena que no exceda de dos años de prisión, sujetándose esta opción a ciertos límites reglados de ejercicio que lo excluían en ciertas materias. Introducía también un archivo con condición para los delitos castigados con penas de hasta 5 años (que incluía la exigencia adicional de contar con el consentimiento de la víctima y con el compromiso expreso del penado de cumplir determinadas reglas de conducta tendentes a la reparación de perjuicios causados). Y un supuesto adicional de archivo específico en el ámbito de la criminalidad organizada, con el fin de evitar que el desarrollo de una investigación relativa a una infracción de menor importancia ponga en peligro el curso de un procedimiento de ese tipo.

Desde la segunda perspectiva, en relación con la Conformidad, el propósito del Anteproyecto era el de acabar con el sistema actual de limitación del juego de la conformidad en función del criterio de la gravedad de la pena. Por entender que la limitación «*ha llevado a que proliferen las conformidades "encubiertas" cuando el asunto tratado rebasa el límite máximo de los 5 años de prisión*», que carecen de las necesarias cautelas legales para su correcto ejercicio.

Y desde la tercera perspectiva, aparecía la Mediación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad, en manos fundamentalmente del M.F. Porque sería el M.F. el que, como director de la Investigación, el que podría *impulsar, a través de la mediación, y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego:* en unos casos el resultado de la mediación podrá ser la continuación del procedimiento penal en curso con todas sus consecuencias; en otros casos, podrá conducir a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada.

Por su parte, no hay mención específica al principio de Oportunidad en Parágrafo alguno de la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal Penal de 2013, aunque por supuesto que sí se regulan sus manifestaciones normativas en el articulado correspondiente. De hecho, es destacable que se incluye aquí la regulación del Procedimiento por aceptación de decreto del Fiscal, que representa una de sus novedades, incorporada posteriormente al texto de la LECr. a través de una de las diversas reformas del año 2015. Se contemplaba en los arts. 485-494 en términos muy similares a la regulación vigente, aunque con algunas diferencias.

Por otro lado, potenciaba asimismo la Conformidad, mediante la extensión de su ámbito de aplicación a cualquier delito, con independencia de su gravedad, la admisión de su validez sin necesidad de su asunción por todos los acusados y la reducción de la sanción en 1/3 de la condena siempre que la Conformidad tuviere lugar antes de la finalización del plazo para la presentación del Escrito de defensa (Sección Segunda del Título II: *Sentencia de conformidad inmediata*).

Y también preveía la Mediación, siempre voluntaria, aludiéndose en la Exposición de Motivos (Parágrafo IV) a las obligaciones internacionales en este sentido, con particular mención a la *Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal*, que alenta a los Estados miembros a «*impulsar la mediación en las causas penales* (…) *y a velar para que puedan tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la Mediación*».

No podemos olvidar además que la *Recomendación del Comité de Ministros* de la CEE de 17/9/1987, *sobre simplificación de la Justicia penal,* invita a los Estados miembros a introducir el principio de Oportunidad en el proceso penal, manteniendo que este *deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público*, obligando a la autoridad competente a inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de individualización de la justicia penal y teniendo en cuenta la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, personalidad del denunciado, condena a imponer y sus efectos sobre el mismo y la situación de la víctima.

4. Aspectos concretos del reforzamiento del principio de oportunidad en el juicio por delitos leves

En el Anteproyecto de 2011 se conservaba el Juicio de Faltas, si bien, como dice la Exposición de Motivos (Parágrafo LXXXIII) en una dimensión más limitada, como consecuencia ello de que *la adecuada utilización del instrumento de la oportunidad debiera aligerar considerablemente la carga ante los Tribunales penales.* Es decir, se hace referencia a la posibilidad de que el M.F. pudiera solicitar el inmediato archivo de la denuncia por razones de oportunidad, en atención a la manifiesta carencia de relevancia penal.

En su articulado, el Juicio de Faltas se regulaba en los arts. 720-725, debiendo destacar que la competencia objetiva seguía distribuyéndose entre los Juzgados de Paz y el proyectado Tribunal de Instancia.

Por su parte, en el Anteproyecto de 2013 no hay referencia a Juicio de Faltas ni de Delitos Leves, pues solo se regula un proceso ordinario y 4 especiales: el

Juicio Directo (en referencia al Rápido), el Proceso por aceptación de decreto, el Proceso ante el Jurado y el Proceso de Decomiso autónomo.

¿Cómo se incorpora el juicio por Delitos leves en la LECr.? Sabemos que la supresión de las faltas y la creación de los nuevos delitos leves se produce a través de la reforma operada en la LECr. derivada de la reforma del C.P. (Ley 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del C.P.), que incluyó la supresión de las faltas y también modificó las penas del siguiente modo: delitos graves (castigados con penas graves, previstas en el art. 33.2 C.P.), delitos menos graves (castigados con penas menos graves, prevista en el art. 33.3 C.P.) y delitos leves (castigados con penas leves, prevista en el art. 33.4 C.P.).

Si bien la desaparición de las faltas no supuso su conversión en todo caso en delitos leves, puesto que algunas faltas simplemente desaparecieron como ilícitos, otras faltas derivaron hacia la vía civil (como responsabilidad extracontractual), y otras (concretamente determinadas faltas contra el orden público) derivaron hacia la vía administrativa.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 señala las razones de este cambio: por un lado, así se viene a dar respuesta a la reclamación de diversos operadores jurídicos (Fiscalía General del Estado, Consejo General del Poder Judicial, etc.); se menciona asimismo la notoria desproporción preexistente entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento; se señala también la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal; se dice además que no ha existido nunca una diferencia cualitativa entre delitos y faltas, sino solo diferencias puramente formales, por razón del tipo de pena que se les impone, que en el momento actual carecen de suficiente justificación; y se alude por último a una cierta distorsión en la comparativa con el Derecho administrativo sancionador, que así vendría a corregirse, se entiende.

El procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves es prácticamente el mismo previsto previamente para el Juicio de Faltas, lo que ha supuesto que los problemas que generaba aquél se mantenga, añadiéndose algunos nuevos.

La mención de los problemas que ya generaba el Juicio de Faltas se relaciona siempre con la debilidad de las garantías en algunos aspectos de su enjuiciamiento, en especial para el denunciado (derecho a un Juez imparcial, derecho a conocer la acusación, asistencia letrada, etc.)[27].

---

27. Puede consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: Muerza Esparza, J., «Sobre las faltas y el Juicio de faltas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 853, 2012, p. 3. Castillejo Manzanarez, R., *El Juicio de Faltas*, Comares, Madrid, 2002. Vilata Menadas, S., «El principio acusatorio en el Juicio de Faltas», *Revista General de Derecho*, número 594,

Los problemas añadidos son diversos, pudiendo mencionar la inseguridad jurídica que crea la dispersión de las infracciones por el articulado del C.P., y la ampliación del catálogo de infracciones a enjuiciar por el procedimiento de delitos leves derivada del actual art. 13.4 C.P., que determina que en caso de que la pena por su extensión pueda considerarse leve y menos grave ha de seguirse el enjuiciamiento por delitos leves. A diferencia por cierto de la solución legal que se da en los casos de delitos graves y menos graves, en los que se enjuician todos como graves. No voy a detenerme en esos puntos sin embargo, ni tampoco en otros de interés, tales como el régimen de prescripción de las infracciones, la posibilidad de detención por delitos leves, o el régimen de proposición de la prueba[28].

Mi intención es centrar la atención exclusivamente en el reforzamiento del principio de oportunidad reglada en el Juicio por delitos leves. Y ¿cómo se manifiesta especialmente dicho reforzamiento en el juicio por delitos leves? Sin duda alguna, en el nuevo motivo de sobreseimiento, que permite a los Jueces prescindir de la sanción penal de las conductas de muy escasa gravedad.

Motivo de sobreseimiento que queda exclusivamente en manos del M.F., porque se trata efectivamente de la posibilidad concedida al M.F. de renunciar al ejercicio de la acción penal por razones de oportunidad.

Lo novedoso de la LO 1/2015 son los motivos por los que el MF puede solicitar el sobreseimiento, que no son solo los contenidos en los arts. 637 y 641, sino que son las siguientes dos circunstancias que deben concurrir de forma acumulada (art. 963.1.1ª): a) Que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor. Y b) Que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, entendiéndose en los delitos leves patrimoniales que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Se trata de una manifestación clara del principio de oportunidad que se concede al M.F., seguida eso si de una validación judicial en forma de resolución judicial del Juez de Instrucción, y que puede calificarse como manifestación re-

---

1994, pp. 1863-1867. Días López, J. A., «La ausencia de denuncia y el perdón del ofendido en el Juicio de Faltas», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, número 177, 2012, pp. 34-35. Bellido Penadés, R., *Derecho de defensa y principio acusatorio en el Juicio por Faltas: evolución jurisprudencial y análisis crítico*, Dykinson, Madrid, 2012. Y Fernández Entralgo, J., «Aspectos de dudosa constitucionalidad de la "Cenicienta" procesal penal: el Juicio de faltas», en VV. AA., *La reforma del proceso penal*, Madrid, 1988, pp. 609-626.

28. Cabe citar, entre otros, los siguientes trabajos: Rodríguez Tirado, A. M., «Los procesos por delitos leves. Manifestaciones del principio de oportunidad», *Revista General de Derecho Procesal*, número 38, 2016. También «Los procesos por delitos leves y el principio de oportunidad reglada», en Jimeno Bulnes, M., y Pérez Gil, J., *Nuevos horizontes del Derecho Procesal, Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 941-957.

glada del principio de oportunidad (en cuanto los presupuestos y requisitos se hallan legalmente establecidos); y manifestación de este principio en estado puro, en cuanto que la efectividad del archivo no se condiciona al cumplimiento de condición alguna, operando de forma inmediata.

La mecánica dispuesta en el art. 962.1 LECr. es la siguiente: 1.- Elaboración del Atestado por la Policía (con el correspondiente Ofrecimiento de Acciones y las debidas informaciones al ofendido). 2.- Acuerdo judicial de Incoación del procedimiento para Juicio Rápido de Delitos leves, previa comprobación de su relevancia penal. Y 3.- Traslado al M.F. para que éste se pronuncie sobre el Archivo por motivos de oportunidad o bien por la celebración del Juicio.

Pero el archivo por razones de oportunidad no se circunscribe a la modalidad procedimental de Enjuiciamiento Rápido, sino que se prevé asimismo para el Juicio ordinario fuera del Servicio de Guardia, y con los mismos requisitos. De manera que la tramitación puede ser: 1.- Enjuiciamiento inmediato en Servicio de Guardia por convocatoria policial (arts. 962-963). 2.- Enjuiciamiento inmediato en el Servicio de Guardia por convocatoria judicial (art. 964). Y 3. Enjuiciamiento fuera del Servicio de Guardia, mediante señalamiento judicial en el plazo de 7 días desde la recepción del Atestado o denuncia de parte (art. 965).

Esta es la principal novedad en comparación con el sistema anterior: la posibilidad de que el Juicio entre en crisis en el momento de ser incoado si el M.F. hace uso de su potestad de solicitar el Archivo.

4.1. Análisis crítico

1. Cabe preguntarse cuáles son las ventajas de esta manifestación del criterio de oportunidad. Dice el legislador en la Exposición de Motivos que con ello se consigue: una realización efectiva del principio de intervención mínima, que orienta la reforma del Código Penal en este punto; y al mismo tiempo, se consigue descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores carentes de verdadera relevancia en los que no existe un verdadero interés público, que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves.
   No obstante, hay voces muy críticas, debiendo mencionar la *desazón* que genera dentro de algunos sectores doctrinales la introducción de esta manifestación extensiva de la oportunidad, sin precedentes hasta el momento[29].

29. *Vid.* Barona Vilar, S., *Proceso penal desde la historia*, *op. cit.*, p. 582, se manifiesta muy crítica frente a esta nota del principio de oportunidad reglada como forma de conclusión anticipada del procedimiento por delitos leves, señalando que esta manifestación del principio de oportunidad «*viene a demostrar, una vez más, que importa una "pose"*

2. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, los términos empleados por el legislador son tan genéricos que no distingue entre delitos públicos, semipúblicos o privados, y obliga al intérprete a realizar ese esfuerzo.
   Obviando los privados —en los que no interviene el M.F.—, por lo que se refiere a los semipúblicos (y esta naturaleza tienen algunos de los delitos enunciados en el art. 962.1.1º LECr.) hay que estar a lo dispuesto en el art. 969.2 LECr., que establece la facultatividad de su personación en los siguientes términos: «*El Fiscal asistirá a los Juicios por delito leve siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá Instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrán dejar de asistir al Juicio y de emitir los informes a que se refieren los arts. 963.1 y 964.2 cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado*».
   La LO 1/2015 de reforma del C.P. mantiene en lo sustancial el elenco de figuras penales leves sujetas a la condición de procedibilidad, la eficacia extintiva del perdón y la posibilidad de que el M.F. se abstenga de acudir al acto del Juicio Oral[30].
   Y ha incorporado asimismo al régimen de denuncia previa otras figuras que eran antes (en su configuración como Faltas) de naturaleza pública: lesiones leves dolosas (art. 147.2 C.P.) y el maltrato de obra fuera del ámbito doméstico (art. 147.3 C.P.). En tales casos la denuncia previa como condición de procedibilidad y el perdón del ofendido (art. 130.1.5º C.P.) privatizan el ejercicio de la acción penal y asocian la oportunidad de su ejercicio a la voluntad del ofendido. O sea, que ésta es por cierto otra manifestación legal de la privatización del proceso penal que nos ocupa.
3. Respecto a lo dispuesto en el art. 969.2 LECr., es necesario acudir principalmente a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado, en cuya virtud se concretan los delitos leves semipúblicos en los que el M.F. no emitirá informe sobre la concurrencia de posibles motivos de oportunidad por estar dispensado de acudir a Juicio Oral.
   Y lo primero que cabe cuestionarse es qué podemos pensar de la habilitación legal para que la Fiscalía General del Estado pueda decretar por medio de Instrucciones los supuestos en que los Fiscales pueden dejar de asistir al Juicio en el supuesto de delitos leves semipúblicos. Sabido es que no es nueva dicha técnica de habilitación legal: trae causa de la LO de Medidas Urgentes de 1992 y de la consiguiente Instrucción 6/1992. De modo que

---

penal represiva y expansiva, pero con una aplicación al caso concreto de desvíos, más suaves, según las personas y los hechos, es decir, con una asimetría del sistema penal».

30. Es exigible la condición de procedibilidad de la denuncia previa en las figuras de: homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 C.P.), lesiones graves (arts. 149 y 150 C.P.) por imprudencia menos graves (art. 152.2 C.P.), amenazas y coacciones leves fuera del ámbito doméstico (arts. 171.7.1 y 172.3.1 C.P.), injurias leves en el ámbito doméstico (art. 173.4 C.P.) y daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 C.P.).

ahora se ha renovado la habilitación legal conferida a la Fiscalía General del Estado, al tiempo que se confieren al MF nuevas facultades en orden a instar el archivo por razones de oportunidad, lo que se entiende que exige un mayor esfuerzo de concreción de las pautas de actuación de este órgano. Pero ¿no sería mucho mejor que los criterios vinieran establecidos en la Ley haciendo innecesaria la habilitación legal conferida a la Fiscalía General del Estado?

Las pautas de actuación se concretan en la mencionada Circular diferenciando según sea pública o semipública la naturaleza del delito leve, mediante una elaborada y muy compleja casuística.

Y así, para los delitos semipúblicos, si se trata de homicidio por imprudencia menos grave (142.2 C.P.), el M.F. debe asistir en ciertos casos: en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, ámbito laboral y ámbito sanitario. Si se trata de lesiones cualificadas causadas por imprudencia menos grave (152.2. C.P.), el M.F. debe asistir en los mismos casos. Si las lesiones son dolosas (147.2 C.P.), el M.F. asistirá siempre. Para el delito de maltrato de obra (147.3 C.P.), el M.F. no asistirá salvo que la víctima sea una persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad. En el caso de amenazas y coacciones leves fuera del ámbito doméstico de los arts. 171.7 y 172.3.1 C.P.): el M.F. no asistirá nunca. Tampoco asistirá nunca el M.F. en el supuesto de injurias leves en el ámbito doméstico del art. 173.4, al igual que tampoco lo hará en relación con los daños causados por imprudencia grave en cuantía no superior a 80.000 euros del art. 267 C.P.

Y como cláusula de cierre se establece que en todos aquellos casos en que el M.F. haya denunciado en nombre de una persona vulnerable (al amparo del art. 105.2 LECr.), deberá intervenir siempre en el Juicio, cualquiera que sea el delito en defensa de los intereses de las víctimas.

4. Obviamente, en los supuestos en los que no interviene el M.F. no existirá la posibilidad de emitir informe alguno por su parte, no existiendo en consecuencia la posibilidad de aplicación del archivo por razón de oportunidad, quedando en manos del ofendido (como antes) la posibilidad en su caso de renunciar o perdonar poniendo fin al proceso.

   En los procesos para el enjuiciamiento de delitos leves públicos, los criterios de oportunidad que debe utilizar el M.F. para decidir sobre la renuncia a la acción penal (del art. 963.1.1º LECr.) son desarrollados como elementos motivadores de la solicitud de archivo por la Circular 1/2015, concluyendo del siguiente modo:

   a) Delitos leves públicos patrimoniales y afectantes a bienes jurídicos personales que tienen una o varias víctimas individualizadas, en cuyo caso:
      1. El archivo por razones de oportunidad solo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria.

2. Cuando la víctima manifieste en el atestado policial o en el Juzgado su deseo de no ser citada a juicio o a su voluntad de que el procedimiento no siga adelante, salvo que subsista un interés público necesitado de tutela.
3. No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad en los procedimientos incoados por actos de violencia física o psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar, salvo casos excepcionales de hechos de escasa trascendencia cuando la víctima solicita de forma expresa el archivo y no hay indicios de que hay sido coaccionada por el autor de delito o personas de su entorno.
4. No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad: de los procedimientos incoados por delitos leves que tenían la consideración de menos graves antes de la reforma del CP por LO 1/2015; ni de los delitos leves patrimoniales previstos en los arts. 236, 246, 254, 255 y 256 CP, cuando el valor del objeto, ventaja o provecho obtenido por el culpable haya rebasado los 400 euros, ni el delito de ocupación de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada del art. 245.2 C.P.

b) Delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales: hay que atender a las circunstancias que concurren en el autor: su edad juvenil (entre los 18 y 21 años), carencia de antecedentes penales por hechos de la misma naturaleza, ocasionalidad de sus conductas, arrepentimiento mostrado o su disposición a reparar el mal causado.
c) Y una serie de Instrucciones específicas para los delitos de violencia de menor intensidad en el núcleo de convivencia familiar (excluida la violencia de género), delitos leves de naturaleza patrimonial y delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales

5. Por otro lado, no se da participación a los ofendidos por el delito, a salvo de la notificación de la decisión, sin que se les reconozca legitimación alguna para mostrar su disconformidad con la decisión tomada. El sobreseimiento ha de ser notificado siempre a los ofendidos por el delito (art. 963.1.1º.b) último párrafo LECr.), es decir, al legitimado para el ejercicio de la acción penal (y no a aquellos que solo podrían ejercitar la acción civil, pese a que estos deben ser citados al Juicio en caso de que este se celebre). Ello supone que ante la decisión de sobreseimiento adoptada conforme al art. 963.1.1º LECr, el Juzgado deberá buscar en su caso a las víctimas del delito no personadas, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de la Víctima del delito (art. 7.I.a) y art. 12.2),a fin de ser informada de la decisión de sobreseimiento acordada.
6. El control jurisdiccional aparece limitado exclusivamente a los supuestos de intervención por parte de los ofendidos por el delito, de modo que en otro caso si el M.F. entiende que procede el archivo, el Juez debe dictar auto de sobreseimiento. La redacción imperativa así lo establece, puesto que impone al Juez de Instrucción una alternativa: dictar un auto de archivo, si el M.F.

lo pide; o, en caso contrario, ordenar la celebración del Juicio. Si el M.F. realiza la petición de archivo, el Juez debe dictar auto de sobreseimiento, sin necesidad de realizar valoración alguna o acordar celebración del Juicio, aun cuando pudiera discrepar del criterio del M.F., que solo podrá examinar si se produjere impugnación por uno de los legitimados para ello.

El análisis de los pronunciamientos de las AAPP al respecto hacen hincapié en la iniciativa exclusiva del M.F., analizando la posibilidad de que el acusado o condenado pida su aplicación o que el Juez lo haga por su propia iniciativa. Y declaran rotundamente que el hecho de que el acusado en el Juicio o el condenado en primera instancia demande su aplicación carece de cualquier efecto si el M.F. ha mantenido la acusación, por lo que si está ya formulada, no puede pedirse la absolución por este motivo, ni el Juez de Instrucción puede valorar su concurrencia[31].

De modo que ni el Juez de Instrucción ni el Tribunal de apelación pueden dejar de sancionar una conducta prevista en la norma penal por aplicación del principio de oportunidad que va dirigida al M.F., sin perjuicio de la facultad revisora del mismo por el órgano judicial que resuelva del recurso planteado por el ofendido, pero en modo alguno la invocación por el propio condenado en primera instancia puede dar lugar a la aplicación de dicho principio y por lo tanto su no ejercicio no puede ser fiscalizado por las partes por vía de recurso[32].

Sobre estas materias comienza a haber Acuerdos de Unificación sobre Delitos leves[33].

7. No se explicitan en la Ley los efectos de la resolución de sobreseimiento, y en concreto no queda claro si estamos ante un sobreseimiento libre o provisional.

   La falta de condicionamiento alguno en la adopción de la decisión de sobreseimiento parece que haga lógico entenderlo como sobreseimiento libre, de modo que nunca pueda volver a revisarse esa voluntad de no perseguir el delito. El problema es que habiendo sido ya calificado el hecho como infracción penal, no está recogida como causa de exención de la responsabilidad penal prevista en el art. 130.1 C.P. De modo que podría

31. Así, la SAP de Barcelona (Sección 6), de 22 de octubre de 2015 y la SAP de Madrid (Sección 23), de 16 de octubre de 2015.

32. SAP de Madrid (Sección 3), de 3 de enero de 2016; SAP de Madrid (Sección 23), de 26 de enero de 2016; y SAP de Madrid, de 13 de abril de 2016.

33. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 9 de junio de 2016, sobre la no extensión del recurso de casación a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves. Acuerdo de la AP de Valencia de Unificación de las Secciones Penales, de 16 de noviembre de 2015. Acuerdo de la AP de Valencia de Unificación de las Secciones Penales, de 30 de septiembre de 2016. Acuerdo de unificación de doctrina penal de la AP de Madrid de 28 de septiembre de 2015. Acuerdos de Unificación penal de la AP de Alicante para 2015. Y Acuerdos de Unificación de criterios de la AP de Cantabria de 18 de marzo de 2016.

sostenerse como Provisional, y solo cuando hubiera transcurrido el plazo de prescripción, éste se convertiría en libre.

En la práctica, parece ser que en los delitos leves de estafa en las que recurre el perjudicado, vienen adoptadas como Sobreseimiento Provisional, pero las Audiencias Provinciales no han podido establecer criterio al respecto, puesto que no constituía el objeto de la impugnación la adopción de dicha decisión en una u otra modalidad.

8. En el supuesto de Juicio por delito leve ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer la regulación es desordenada y fragmentaria, y plantea algunas dificultades añadidas.

   En primer lugar, la determinación de la competencia objetiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en materia de delitos leves, que se halla en el juego combinado de dos preceptos: el art. 87.ter.1d) LOPJ y el art. 14.1 y 5.d) LECr. De acuerdo con el primero de dichos preceptos, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son competentes para el conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la Ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) del propio art. 87.ter.1º. Conforme al segundo, los delitos leves competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer son tres: las amenazas leves del art. 171.7.2º C.P.; las coacciones leves del art. 172.3.2º C.P.; y las injurias y vejaciones injustas de carácter leve del art. 173.4 C.P., siempre que la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) del art. 14.5 LECr.

   En segundo lugar, parece que hay que entender que en el ámbito de los delitos leves competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer no resulta posible acudir al «Proceso por aceptación de decreto», y ello por cuanto el legislador no ha previsto en la norma competencial del art. 87.ter dicha competencia. A diferencia de lo que si hizo la LO 13/2015, que modificó el art. 87 LOPJ, dando entrada en su apartado 1.b) a la atribución de competencia al Juez de Instrucción para dictar sentencia de conformidad en los procesos por aceptación de decreto.

En relación con el archivo por razones de oportunidad, interesa recordar que ya el epígrafe III de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, tras referirse a la especialización y a la creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, señaló expresamente que «*los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*». De modo que pareció claro que el propósito del legislador en 2004 fue el de que el M.F. interviniera en todos los procesos penales competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, incluido los de Faltas —actuales Juicios por Delitos leves—. Pero ahora la Circular 1/2015 deja claro que el MF no asistirá al Juicio en los delitos de amenazas y coacciones leves fuera del ámbito doméstico de los arts. 171.7.1º y 172.3.1º del C.P., ni en las injurias leves de las personas del art. 173.2 C.P.,

prevista en el art. 173.4 C.P. Y la propia Circular 1/2015 contiene normas específicas en relación a la violencia de menor intensidad en el núcleo de la convivencia familiar.

Y por último, la posibilidad de que el Juez de Violencia sobre la Mujer pueda adoptar cualquiera de las medidas de aseguramiento previstas en materia de Violencia sobre la mujer (medidas de alejamiento y prohibiciones de aproximación y comunicación) cuando se trata de delitos leves debe deducirse, por cuanto la LO 1/2004 dice «*en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género*», sin distinción ni exclusión posible, tanto antes con las Faltas como ahora con los Delitos leves. Pero lo cierto es que los requisitos necesarios para la adopción de dichas medidas, y en particular el respeto a los principios de contradicción, audiencia y defensa, puede resultar problemática, si tenemos en cuenta el criterio general de la innecesariedad de la asistencia de abogado para el denunciado en Juicio por delito leve, con la única excepción del supuesto en que la pena sea multa cuyo límite máximo sea al menos de 6 meses, de acuerdo con lo previsto en el art. 967.1.2º LECr. en su nueva redacción.

5. Aspectos concretos del reforzamiento del principio de oportunidad en el procedimiento por aceptación de Decreto del fiscal. Análisis crítico

Se introduce en la LECr. a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr., para la agilización de la Justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, regulándose en los arts. 803.bis.a) y ss. LECr. Pero tiene su antecedente en el Borrador de Código Procesal de 2013, siendo prácticamente un trasunto de aquella regulación, acomodada al mantenimiento del modelo del Juez de Instrucción y a la última modificación del C.P.

Se trata de un procedimiento caracterizado por su rápida tramitación, mediante la emisión de una orden penal que contienen una propuesta de sanción, y que permite al imputado: aquietarse ante ella, en cuyo caso la resolución deviene firme y ejecutiva, sin previa celebración de Juicio; o por el contrario, oponerse a ella. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley mencionada lo califica como Monitorio penal[34].

---

34. *Vid.* las distintas consideraciones vertidas al respecto, entre otros, por los siguientes autores. López Simó, F. y Campaner Muñoz, J., *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*, Reus, Madrid, 2017. Gómez Colomer, J. L., «La eficacia de la Justicia civil en tiempos de crisis: el nuevo proceso monitorio como solución jurídica», en Cuéllar Cruz, R. (Coord.), *El valor de la democracia en la Justicia*, Universidad Tecnológica de Honduras y Ediciones Juridicas

Tiene un carácter meramente facultativo, ya que la orden penal no es sino una propuesta de sanción que solo deviene firme y ejecutiva en el caso de que el imputado la acepte y no se oponga a ella.

Su nota más relevante es la posibilidad de que el imputado eluda el juicio y con él el riesgo de sufrir una sentencia que pudiera irrogarle una pena más grave que la adoptada en la orden penal. Por eso, se trata de una nueva modalidad de conformidad en Fase de Instrucción, prevista solo para aquellos delitos menores que no conlleven pena de prisión, sino de multa y en su caso de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores. Puede incluir asimismo la acción civil.

Para que pueda instarlo el MF es preciso que se cumplan una serie de requisitos de forma acumulada:

a. Que el delito esté castigado con pena de multa o con pena de prisión susceptible de sustituir por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
   La fijación de la pena para el delito ha de ser entendida en abstracto, tal y como defienden las Circulares de la Fiscalía General del Estado en todas las ocasiones y el TS siempre que ha tenido ocasión (siguiendo el acuerdo plasmado en Junta General de 2 de octubre de 1992).
   Ha de entenderse que si alguna de las penas impuestas de manera cumulativa no es la de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, quedará excluida la aplicación del proceso. Este requisito nos reconduce a un catálogo muy limitado de delitos, ya que son muy pocos los castigados con pena de multa. También es muy reducido el ámbito de aplicación de la sustitución de las penas, en cuanto que su aplicación se prevé tan solo cuando el reo no es habitual, y la pena concreta impuesta cuya sustitución se permite es la de prisión hasta un año, o hasta dos excepcionalmente.
   Parece que la voluntad del legislador sea la de circunscribir fundamentalmente el proceso al conocimiento de los delitos contra la seguridad vial, que vienen a ser en su práctica totalidad los incoados por los Juzgados de Instrucción en funciones de Guardia mediante las correspondientes Diligencias Urgentes, posteriormente transformadas en el procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de determinados delitos. Lo que hace que se ex-

---

Andres Morales, Honduras, 2015. Ortega Calderón, J. L., «El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida», *Diario La Ley*, número 8684, 2016.
En trabajos anteriores a esta plasmación legislativa, puede consultarse los análisis de Gimeno Sendra, V., «Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio), *Poder Judicial*, número extra 2, 1988. Y Cachón Cadenas, M., «La investigación penal a cargo del Fiscal y el proceso penal monitorio en un Anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, número 1, 2015, pp. 517-530.

cluya la tramitación de la causa a través del proceso por aceptación de Decreto.

b, Que el M.F. entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. La concurrencia de este requisito significa, aunque no lo precise de este modo la LECr., que estén suficientemente acreditados tanto el hecho punible como la participación de su autor. Por ello resulta el cauce procesal adecuado para los supuestos de flagrancia y aquellos otros en los que a través de la declaración del encausado o de otros medios de investigación se obtengan suficientes indicios incriminatorios, esto es, de la existencia del hecho punible y su atribución a un sujeto determinado.

c. Y que no esté personada acusación popular o particular en la causa. La norma parece contraria al derecho de todo perjudicado de personarse en las actuaciones, requisito que se compadece mal no solo con el art. 110 de la LECr., sino con toda la filosofía inspiradora del Estatuto de la Víctima (concretamente con su art. 11).

El trámite es muy simple. Se puede instar por el MF en cualquier momento después de iniciadas Diligencias de investigación por la Fiscalía o Diligencias Previas por el Juzgado y hasta la finalización de las mismas, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado. En consecuencia, cabe advertir un doble escenario: en el seno de unas Diligencias de Investigación incoadas por el M.F., siendo tras su dictado cuando se incoará el proceso judicial. O bien en el ámbito de un proceso judicial previamente incoado. Ambos supuestos plantean algunas dificultades.

En cualquier caso, el Decreto de propuesta ha de ser remitido por el M.F. al Juzgado de Instrucción para su autorización y notificación al encausado. El Juzgado de Instrucción debe autorizar el Decreto de propuesta si se cumplen los requisitos mencionados, desempeñando una mera labor de comprobación que impide cualquier valoración judicial respecto a su oportunidad, y por supuesto, una vez aceptada la vía de este procedimiento, el Juez no puede alterar la propuesta de sanción contenida en la solicitud del M.F.

Si el encausado acepta en la Comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos, el Juzgado de Instrucción le atribuye el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno.

5.1. Análisis crítico[35]

En primer lugar, cabe destacar que ya existe en la actualidad un procedimiento para la conformidad en Fase de Instrucción, el Juicio Rápido del vigente art. 801 LECr., previsto para que, en caso de delitos castigados con penas de hasta tres años de prisión, multa o cualquier otra pena menor de 10 años, el imputado reconozca los hechos y alcance un acuerdo de conformidad en fase de Instrucción con el M.F. y con las acusaciones si las hubiere, y el Juez aplicará el beneficio de la reducción del tercio de la pena solicitada· De hecho, el ámbito competencial de aplicación se solapa con el de las Diligencias Urgentes del procedimiento Abreviado, siendo este último de aplicación incluso a delitos con pena superior a la del proceso por aceptación de decreto. Además, las Diligencias Urgentes permiten la personación de la acusación particular, lo que no sucede en el proceso por aceptación de decreto, a pesar de que uno de sus objetos puede ser la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio.

Por otro lado, no resulta fácil que en esta fase tan inicial del proceso pueda el M.F. determinar la oportunidad de la sustitución de la pena privativa por una multa, pues no resulta susceptible de ser constatada la concurrencia de todos los presupuestos que justifican la concesión de tal beneficio.

Además, la doble vía en que cabe este procedimiento plantea algunas dudas en relación con los dos supuestos.

En el caso de su surgimiento en el seno de unas Diligencias de investigación incoadas por el M.F., la cuestión es que la mayoría de los delitos que el MF investiga antes de judicializarlos quedan fuera del ámbito de este procedimiento por razón de la pena (así sucede con las prevaricaciones administrativas, delitos fiscales, delitos contra la ordenación del territorio y otros que están castigados con penas superiores a 1 año de prisión o bien con penas de inhabilitaciones especiales). Y por su parte, los delitos contra la seguridad vial, para los que principalmente está previsto el procedimiento (dada la penalidad de las infracciones que se incluyen en su ámbito), rara vez son objeto de una Investigación preliminar por el M.F., teniendo en cuenta su dinámica de atestado y remisión al órgano judicial, que impide ya la investigación del M.F.

Por su parte, en relación con el supuesto de su planteamiento en el ámbito de un proceso judicial previamente incoado (que no estaba contemplado en el Borrador del año 2013, dado que en aquél la Investigación se encomendaba

35. *Cfr.*, entre otros, el trabajo de Alonso Salgado, C., «Reflexiones en torno al proceso por aceptación de decreto», *Revista General de Derecho Procesal*, número 40, 2016.

enteramente al M.F.), plantea también alguna dificultad, derivada precisamente del hecho de que este supuesto es trasunto de una regulación ideada para otro modelo de investigación en que el M.F. tendría la dirección de la investigación. En consecuencia, el problema fundamental deviene del hecho de que no será fácil que pueda tener éste conocimiento suficiente del estado de la Instrucción hasta que se le dé traslado de las actuaciones, que normalmente será a través de la notificación del auto de incoación de Procedimiento Abreviado, lo cual impide ya el uso de este procedimiento.

La conformidad. Vinculación, control judicial e impugnación

José Mª Roca Martínez
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

1. Introducción

Es la conformidad una institución de sinuosos perfiles y compleja configuración legal. A ello ha contribuido con notable responsabilidad la insistencia del legislador patrio en introducir sucesivas reformas en la maltrecha LECrim que, por su vetustez, apenas puede sostener su ya endeble y más que centenaria estructura. Por si no fuera suficiente esta alteración sustancial de la configuración original de la conformidad, con particularidades para cada uno de los procedimientos (ordinario, abreviado y juicios rápidos), nos encontramos también con menciones en otros cuerpos legales (LOTJ y LORPM). Es por ello que más que de conformidad, parece más adecuado hablar de conformidades.

La regulación de la conformidad en la LECrim permaneció sin alteraciones durante más de un siglo; con la reforma de 1988 (abreviado) comienza una especie de revitalización de la figura en la que mucho ha tenido que ver la doctrina científica procesal y su interés por el estudio de los modelos de justicia consensuada. Por otro lado, la creciente preocupación por la agilización de la justicia penal también ha incidido a través de sucesivas reformas potenciadoras de la conformidad.

Uno de los condicionantes que más pueden llegar a influir en el éxito de la conformidad es la superación del principio de legalidad en favor de la oportunidad (reglada). El estricto *corset* al que el primero somete a la acusación pública dificulta el consenso, mientras que la flexibilidad del segundo facilita la obtención de acuerdos. Será difícil profundizar en el desarrollo de esta institución sin definir el modelo de enjuiciamiento penal al que aspiramos. La aprobación del Código Procesal Penal pasa por ser una de las grandes asignaturas

pendientes de la democracia; algunos intentos ha habido bajo gobiernos de distinto signo político[1], sin embargo, se ha vuelto al sistema de reformas parciales[2].

Entre las cuestiones polémicas de la conformidad destacan de manera especial la problemática que rodea a la vinculación del Tribunal a la misma, las posibilidades de control judicial sobre ella y la impugnación de la sentencia de conformidad. ¿Puede el Tribunal aplicar una pena distinta o está vinculado al acuerdo obtenido? ¿tiene alguna facultad de control sobre la conformidad? ¿qué posibilidades hay de impugnar la sentencia?

2. Carácter vinculante de la conformidad

El TS ha venido atribuyendo a la conformidad carácter vinculante; la STS (2ª) de 9 de junio de 1978 estableció que «*la conformidad crea por mandato legal un estado de hecho y de derecho vinculante para las partes intervinientes y para el propio Tribunal*». De igual manera, la STS (2ª) de 1 de marzo de 1988 al abordar el análisis de los requisitos que han de exigirse a la conformidad, se refiere a la necesidad de que sea absoluta (no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna), personalísima (de los propios acusado o acusados o ratificada, por ellos, personalmente), voluntaria (consciente y libre), formal (con las solemnidades requeridas por la Ley), vinculante (para el acusado o acusados y para las partes acusadoras) y finalmente, de doble garantía (voluntad conjunta de acusado y su defensor)[3]. Esta postura del TS es acorde con lo que establece el art. 655.2 y con lo que disponía el art. 793.3 antes de su reforma en 2002. El primero prescribe que en los casos de conformidad el Tribunal debe dictar sentencia «*según la calificación mutuamente aceptada*»; el segundo, hacía referencia a la «*sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes*». La vinculación, por tanto, ha tenido un doble efecto: por un lado, para las partes, que deben estar y pasar por lo que previamente han aceptado mutuamente, y por otro para el órgano jurisdiccional, que debe pronunciarse de acuerdo también a lo aceptado por las partes.

---

1. En el seno del Ministerio de Justicia se elaboró un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de diciembre de 2011 (ALECrim) y, posteriormente, una comisión designada al efecto (BOE de 13 de marzo de 2012) elaboró un Anteproyecto de Código Procesal Penal presentado en 2013 (ACPP).

2. «*Esta multiplicidad de reformas parciales, que ocasiona no poca inseguridad jurídica a la vez que se erige en la práctica en un factor de retardo, unida a los avances de las ciencias auxiliares del proceso penal, debiera inducir a los partidos parlamentarios a elaborar un nuevo "Código Procesal Penal" de la democracia que, manteniendo las conquistas habidas en materia de defensa y del principio acusatorio, dote a nuestra justicia penal de la rapidez y eficacia que la sociedad contemporánea reclama*» (Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, ediciones jurídicas, Madrid, 2015, p. 49)

3. En el mismo sentido SSTS 2ª de 27 de diciembre de 1999 y de 14 de febrero de 2000.

A partir de la reforma de 2002[4] el Libro IV de la LECrim se reestructura y el contenido del art. 793 pasa al 787, si bien introduciendo significativas modificaciones; así, es de destacar la desaparición de la referencia a la «sentencia de *estricta* conformidad», pero además aparecen algunos matices en relación a la vinculación del Tribunal con la conformidad, ampliando las posibilidades de control por éste.

Desde el punto de vista de las partes, la conformidad se manifiesta respecto a una pena concreta, razón por la cual debe extremarse la garantía de que se conocen las consecuencias de ello, de que existe una auténtica voluntad de conformarse y de que la sentencia es fiel reflejo de la conformidad; aunque también el Tribunal debe velar por el cumplimiento de estas garantías a través del control judicial de la conformidad (787.2), corresponde especialmente a la defensa extremar tales cautelas (doble garantía), informando minuciosamente a su defendido, instando la continuación cuando lo crea conveniente e impugnando la sentencia cuando no se ajuste a lo aceptado.

En relación al órgano jurisdiccional la vinculación no es absoluta, ya que por encima de todo está el principio de legalidad: la voluntad de las partes, ya sea unilateral o fruto del consenso, no puede sustraerse al mismo. La legalidad impone que la conformidad cumpla unos determinados requisitos o, de lo contrario, no vinculará al Tribunal. Como tales han de considerarse las disposiciones relativas a la limitación máxima de la pena pedida por las partes (655.1, 688.2, 787.1, 801.1.2º) o las relativas a la procedencia de la pena solicitada (655.3, 787.3, 801.2).

En el siguiente apartado se hace referencia al control judicial sobre la conformidad; con las salvedades de lo que allí se diga, puede ahora afirmarse que la conformidad vincula al juez en un triple sentido: a los hechos (*vinculatio facti*), al título de imputación (*vinculatio crimine*), y a la pena solicitada (*vinculatio poena*)[5].

3. Control judicial sobre la conformidad

Partiendo de la vinculación expuesta, vayamos con el control que el Tribunal puede realizar sobre la conformidad. En mi opinión, nos encontramos ante un doble control. En primer lugar, ha de extenderse a la propia esencia o razón de ser que justifica la conformidad, es decir, si se trata de una manifestación de

4. La Ley 38/2002, de 24 de octubre, entró en vigor el 28 de abril de 2003.

5. De Diego Díez, L., *Alcance de los términos sentencia de estricta conformidad*, Colex, Madrid, 1998, p. 18.

voluntad del acusado (con la aquiescencia de su defensa), está ha de prestarse con plena conciencia acerca de su contenido y consecuencias, así como con plena libertad. Y este control ha de considerarse que no solo es una facultad judicial, sino una auténtica obligación de la que no ofrece dudas el art. 787.2 y 4[6]. El segundo control se refiere al contenido de la conformidad, es decir, a los hechos, a su calificación y a la pena aplicable.

4. Control sobre los hechos

Conforme a lo dispuesto en la LECrim, el elemento fáctico de la conformidad queda fijado por el acuerdo de las partes y está vedado al Tribunal entrar a apreciar su adecuación o no a cualesquiera actuaciones desarrolladas durante la investigación; la descripción de los hechos aceptada por las partes aparece, de esa manera, como inamovible (787.2). Así lo ha expuesto el TS, explicando que ello es así, aunque pueda resultar contrario a la verdad material o histórica[7]. Formalmente, esta inmutabilidad del relato fáctico aceptado por las partes se introdujo en la reforma de 1988[8], sin embargo, ya se venía interpretando en este sentido la LECrim desde su aprobación[9].

En definitiva, aunque se pueden encontrar opiniones contrarias[10], la más extendida considera que las partes tienen la facultad de fijar el componente fáctico del objeto del proceso penal, sin posibilidad de control judicial sobre ello[11]. Y ello es así, incluso cuando los hechos aceptados por las partes sean contrarios a la verdad histórica. Por más que tradicionalmente se haya hecho referencia a la búsqueda de la verdad histórica como finalidad del proceso

---

6. «*… el Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias*» (787.2); «*Una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Juez o Presidente del Tribunal informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal alberque dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio*» (787.4).

7. «*Esa descripción conformada del hecho no vale en tanto que, en lo cognitivo, acredita una verdad discutible, sino en cuanto que, con independencia de que tal "aceptación" no corresponda siempre y en todo caso a la verdad histórica*» (STS 2ª 1077/2011, de 10 de octubre).

8. El actual art. 787.2 tiene su origen en la reforma operada por la LO 7/1988 que introdujo el art. 793.3.2, cuyo contenido ha pasado a aquel.

9. Así se expone detalladamente en (De Diego Díez, L., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 430) que cita la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1884.

10. Puente Segura cita algunas resoluciones del TS que admiten la absolución del procesado pese a su conformidad, si se estiman no probados los hechos o no acreditada su participación en los mismos (Puente Segura, L., *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994, p. 114 y 115).

11. Fernández Martínez, J., «El control de la conformidad en el proceso penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, p. 5, Puente Segura, L., La conformidad en el proceso penal español, *...op. cit.*, p. 112.

enal[12], tal afirmación quiebra en la conformidad, donde se niega al Tribunal cualquier posibilidad de control sobre el relato fáctico aceptado por las partes.

5. Control sobre la calificación y sobre la pena

Si la descripción de los hechos aceptada por todas las partes se presenta como inamovible, no se puede decir lo mismo respecto a la calificación de los mismos y respecto a la pena solicitada; así se establece en el art. 787.3, conforme al cual, a partir de esos hechos aceptados, si el «*Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él*». La calificación jurídica de los hechos y la pena aplicable, por tanto, están sujetas a control judicial, de manera que «*solo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad*».

La justificación ha de buscarse en el principio de legalidad, de manera que, si bien se admite el acuerdo de las partes sobre los hechos, tal acuerdo sobre la calificación y la pena solo es posible si respeta el principio de legalidad.

Ese control judicial está sujeto a un requisito de obligado e imprescindible cumplimiento, que es la necesidad de someter su criterio a la consideración de la parte que presentó el escrito de acusación más grave; en otras palabras, en los supuestos de conformidad, el Juez o Tribunal no puede en la sentencia alterar la calificación de los hechos ni la pena solicitada, ni para imponer una más grave, ni una más leve (ni puede absolver). Para ello es necesario que previamente plantee a la acusación que asuma la nueva calificación o la nueva pena, que ésta la acepte y que el acusado se conforme nuevamente. Se trata de un requisito que se justifica como manifestación del principio acusatorio, incorporado por la reforma de 2012, ya que hasta entonces, el Juez o Tribunal debía «*dictar sentencia en los términos que proceda*», exigiéndose únicamente la audiencia de las partes.

Por lo que se refiere a las consecuencias de que el Juez o Tribunal se aparte de la calificación o de la pena aceptadas, el TS se ha pronunciado en el sentido de considerar que sin que las acusaciones asuman la nueva calificación y/o la nue-

12. Prieto-Castro y Ferrándiz, L. *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 91; Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1986, pp. 4-5.

va pena y el acusado manifieste nuevamente su conformidad (junto a su defensa), al Juez o Tribunal solo le cabe acordar la continuación del juicio, lo contrario conlleva la nulidad de actuaciones[13].

En definitiva, la aportación de las partes que vincula al Juez o Tribunal es el relato fáctico por ellas aceptado; por el contrario, la calificación jurídica y sus consecuencias penológicas pueden ser objeto de control, si bien es necesario que someta su parecer a las partes, de manera que sí éstas no lo asumen, tendrá que acordar la continuación del juicio[14].

6. La impugnación de la sentencia de conformidad

La posibilidad de impugnar la sentencia dictada tras la conformidad del acusado es otra cuestión polémica que no estaba prevista en la LECrim y que ha sido objeto de regulación en el art. 787.7[15]. Establece este apartado dos reglas: la imposibilidad de impugnar la sentencia de conformidad por razones de fondo y la posibilidad de impugnarla cuando no haya respetado los requisitos o términos de la conformidad. De ello se deduce que las posibilidades de impugnación se refieren a la forma y no al fondo; en otras palabras, de ambas reglas se puede concluir que la sentencia de conformidad no admite impugnación excepto que incumpla alguno de los requisitos formales exigidos.

7. Circunstancias que permiten la impugnación de la sentencia de conformidad

Las posibilidades de impugnación de la sentencia de conformidad se restringen a la inobservancia de los requisitos o términos de la conformidad. En este sentido, las circunstancias que pueden abrir la vía de la impugnación pueden agruparse en tres apartados: por un lado, las que afectan a la declaración de voluntad del acusado; por otro, las que cuestionen la adecuación de la sentencia al contenido de la conformidad (términos de la conformidad); por último, las que se refieren a los límites de la conformidad (requisitos de la conformidad. Lo cierto es que la incidencia práctica de estas circunstancias es mínima,

---

13. En el supuesto resuelto por la STS 1077/2011, de 10 de octubre), el Tribunal de Instancia absolvió a algunos acusados que habían mostrado su conformidad; el TS anuló la sentencia y repuso las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la conformidad de las defensas, al objeto de dar audiencia a las partes acerca de la eventual desvinculación del juzgador respecto de dicha acusación. Un comentario sobre esta sentencia puede verse en (FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J., «El control de la conformidad en el proceso penal», *op. cit*.).

14. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J., «El control de la conformidad en el proceso penal», *op. cit*., pp. 5-6.

15. Incorporado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

ya que las medidas de garantía previstas en el desarrollo del proceso dificultan enormemente que puedan surgir.

En relación a la voluntad del acusado, debe recordarse la doble garantía (voluntad del acusado y de su defensor) y la obligación del tribunal de velar por que la conformidad sea libremente prestada (especialmente el 787.4); cualquier duda al respecto debería dar lugar a la continuación del juicio. Resulta de especial interés en este punto la STS 5ª (militar) de 14 de septiembre de 2011 que estima la Casación interpuesta por el condenado que se había conformado que alegó no haber sido adecuadamente informado de las consecuencias de su conformidad, induciendo dicha omisión al error en su aceptación de los hechos y de su consentimiento con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal[16].

La posibilidad de impugnación cuando no se hayan respetado los términos de la conformidad se refiere a la adecuación de la sentencia al contenido de aquella; el TS ha mantenido de manera uniforme el criterio de admitir la impugnación cuando la sentencia altera el contenido de la conformidad, tanto por defecto como por exceso[17], y a tal criterio es al que se refiere el art. 787.7. La sentencia debe ser un fiel reflejo de lo aceptado por las partes y cualquier desviación permite la impugnación de la misma.

Por último, también es posible la impugnación de la sentencia cuando no respete los requisitos de la conformidad. Tal posibilidad se refiere a los requisitos legalmente exigidos (objetivos, subjetivos y de forma), permitiendo la impugnación si no se respetan los límites de la pena.

8. La imposibilidad de revisar los hechos aceptados

Al tratar las posibilidades de control judicial sobre los hechos, he hecho referencia a la vinculación del Juez respecto al relato fáctico aceptado por las partes; analizo ahora la vinculación de las propias partes a las que no se permite alterar ese relato, ni adicionar hechos nuevos.

Con la conformidad las partes fijan los hechos, impidiendo su alteración con posterioridad. La vía por la que en ocasiones se ha tratado de modificar los hechos es mediante la alegación de la vulneración de la presunción de inocencia (insuficiencia de prueba de cargo) y el TS ha sido terminante al desestimar

16. Un breve comentario en De Urbano Castrillo, E. y Calderón Cerezo, A., «Requisitos de la conformidad penal [Crónicas TS (sala 5ª) año 2011-12)», *Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Instituciones (BIB 2014\2317), 2012

17. De Diego Díez, L., *La conformidad del acusado*, *…op. cit.*, p. 470.

tales pretensiones. Entiende el Alto Tribunal que en los supuestos de conformidad, la admisión de los hechos por el acusado impiden a éste invocar en un recurso posterior la vulneración de la presunción de inocencia, pues «*la conformidad del acusado implica que el hecho es aceptado como existente y supone una declaración de voluntad que, en primer y decisivo término, obtura "ea ipsa" la posibilidad de que la acusación produzca prueba de signo incriminatorio o de cargo y por ello produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquella —que no ha podido producirse por imperativo legal, dada la conformidad— que es en definitiva el sustrato esencial sobre el que descansa el derecho fundamental a la presunción de inocencia*» (STS 2ª, 326/1995, de 8 de marzo; en idéntico sentido, STS 2ª 322/2000 de 3 marzo).

La conformidad supone la terminación del proceso con anterioridad a la práctica de la prueba; por esa razón no puede el acusado alegar en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por ausencia de prueba de cargo, cuando ha sido él con su conformidad, el que ha impedido su práctica en el juicio oral[18].

9. La imposibilidad de revisar cuestiones de fondo

Tampoco es posible la impugnación de las sentencias de conformidad por razones de fondo, estando expresamente vetado por el art. 787.7. A ello es a lo que se refiere GIMENO SENDRA al atribuirle los efectos «*propios de cualquier sentencia firme: los de la cosa juzgada*»[19]. Justifica este autor la limitación de las posibilidades de impugnación en razón a que «*nadie puede ir contra sus propios actos*» y parece que ese es el argumento más extendido, aunque también se ha acudido a la ausencia de gravamen (cualquier recurso exige al recurrente un gravamen o perjuicio que no existe en quien se conforma)[20].

---

18. «*A partir de tales presupuestos resulta inviable la pretensión recurrente, pues, según una reiterada doctrina de esta Sala —por todas, las Sentencias de 19-7-1996, 4-2-1997, 26-3-1998 y 29-11-1999 son claros exponentes de la misma— la conformidad de los acusados con los hechos objeto de acusación, su calificación jurídica y con las penas solicitadas por la acusación, así como el responsable civil subsidiario, manifestadas en el acto del juicio oral, cuando sus respectivas defensas no conceptuaron necesaria la prosecución del juicio, determina —como dice el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada— el contenido de la sentencia, conforme al artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que concurran las circunstancias a que se refiere el párrafo segundo de dicho precepto*» (STS 2ª 322/2000 de 3 marzo).

19. GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, *…op. cit.*, p. 553.

20. DE DIEGO DÍEZ, L., *La conformidad del acusado*, *…op. cit.*, p. 470.

10. Intentos de reforma

En los últimos años y con gobiernos de distinto signo, se han producido dos intentos de reforma integral del proceso penal.

En el año 2011, todavía bajo el gobierno del PSOE, en un ambicioso intento de reforma se elaboraron en el seno del Ministerio de Justicia tres anteproyectos referidos respectivamente a la protección de los derechos fundamentales, a la implantación de los tribunales de instancia y al enjuiciamiento criminal (ALECrim)[21].

Al año siguiente, ya con el gobierno del PP, se constituyó en marzo la Comisión institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus trabajos fueron publicados por el Ministerio de Justicia en 2013 (ACPP).

11. El anteproyecto de LECrim 2011

En la exposición de motivos del ALECrim se incluye un apartado específico bajo el título «Principio de oportunidad y conformidad»; ello da muestra de la trascendencia que se le quiso dar a materia. Ya en el articulado, del 137 al 147 se regula la conformidad como forma de terminación del procedimiento, destacando como aspecto positivo el hecho de que se dota a tal regulación de carácter general, tratando de evitar la diversidad de regulaciones en función del procedimiento. Las principales innovaciones propuestas eran las siguientes: la competencia se atribuía al denominado Juez de la Conformidad[22]; desaparecía el límite objetivo relacionado con la gravedad de la pena; se extendía la conformidad a la aceptación de los hechos punibles, de la calificación jurídica y de las penas solicitadas (en caso de rechazo judicial de la conformidad, no pueden considerarse los hechos como reconocidos); la propuesta de sentencia de conformidad debía plantearse mediante un escrito conjunto de las partes; solo se admitía la conformidad prestada por todos los acusados (excepto que se tratase de personas jurídicas); se establecía como límite temporal un plazo de diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral; se pontenciaba el control judicial sobre la legalidad, extendiéndose a la tutela de los derechos de la víctima; se reforzaba el papel de la defensa con el deber de informar por escrito a su cliente; se permitía que el Fiscal solicitase la imposi-

21. Parecía más que evidente que con el real decreto de convocatoria de elecciones publicado el 27 de septiembre de 2011 y la celebración de éstas el 20 de noviembre, el intento tendría poco recorrido.

22. Ello guarda relación con la propuesta de creación de los Tribunales de Instancia y la constitución en los mismos de distintas secciones.

ción de una pena inferior en grado (conformidad premiada); se rescataba el término sentencia de «estricta» conformidad; se limitaba la impugnación al control de los requisitos y términos de la conformidad, sin posibilidad de revisión sobre el fondo.

12. El anteproyecto de CPC de 2013

El ACPP de 2013 también contiene una referencia expresa a la conformidad en su exposición de motivos, aunque no como apartado específico. Los arts. 102 a 115 se refieren a la conformidad, separándose de manera bastante significativa del ALECrim; coincide con esté en proponer una regulación general común a los distintos procedimientos. Las novedades más significativas eran las siguientes: no se establecía límite objetivo relacionado con la gravedad de la pena; la competencia aparecía distribuida entre el Tribunal de Garantías y el Tribunal del Juicio en función del momento procesal en que la conformidad se alcanzase; se admitía la conformidad aun sin ser prestada por todos los acusados, no pudiendo, en tal caso, perjudicar a quienes la rechacen; se introducía una comparecencia para llevar a cabo el control judicial sobre la conformidad, extendiéndose a la calificación de los hechos y a la pena a imponer (sin alterar los hechos puede absolver o imponer pena inferior); no se preveía un momento preclusivo, por lo que puede plantearse también en el juicio oral; se contemplaba un incidente a instancia del Fiscal para promover la conformidad aunque haya acusación que solicite pena más grave, desarrollándose también a través de una comparecencia; se regulaba una conformidad premiada cuando tuviera lugar antes de expirar el plazo para la presentación del escrito de defensa, consistiendo en una rebaja de la pena en un tercio.

13. Recapitulación

La institución de la conformidad se extiende sobre el Tribunal y sobre las partes produciendo un doble efecto vinculante. Para para el Tribunal, con independencia de las facultades que se le atribuyan sobre su control, determina el contenido de la sentencia. Respecto a las partes, es una especie de «no retorno», ya que supone la imposibilidad de volverse a atrás; es por ello que deben extremarse las garantías para que el acusado conozca y asuma las consecuencias que de ello se derivan. Ha de considerarse que ello forma parte del derecho de defensa.

La extensión del control judicial sobre la conformidad debe abordarse en un doble sentido: en primer lugar, sobre el consentimiento del acusado, teniendo

por finalidad garantizar la libertad y el pleno conocimiento por el acusado de las consecuencias que la conformidad le suponen; en segundo, sobre el propio contenido de la conformidad que, aunque no puede incidir sobre el relato fáctico, sí se ejerce sobre la calificación jurídica y la pena, si bien para apartarse de lo admitido, ha de darse audiencia a las partes y, en su caso, ordenar la continuación del juicio.

La impugnación de la sentencia de conformidad es limitada, ya que no está permitido entrar en el fondo; solo es posible la impugnación si se cuestiona el consentimiento del acusado o aspectos formales, referidos a las exigencias legales de la conformidad (requisitos) y a la necesaria adecuación del contenido de la sentencia a lo realmente «pactado» (términos).

Entre la regulación de la conformidad propuesta en los dos intentos recientes de reforma global hay bastantes coincidencias, pero también significativas diferencias. Parece adecuado que al abordar su regulación de la conformidad se defina con carácter previo el modelo de proceso penal al que se aspira, al menos respecto a aspectos tan importantes como la atribución de la instrucción o la implantación del principio de oportunidad reglada.

14. Bibliografía

De Diego Díez, L., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

De Diego Díez, L., *Alcance de los términos sentencia de estricta conformidad*, Colex, Madrid, 1998.

De Urbano Castrillo, E. y Calderón Cerezo, A. «Requisitos de la conformidad penal [Crónicas TS (sala 5ª) año 2011-12]», *Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Instituciones (BIB 2014\2317), 2012.

Fernández Martínez, J., «El control de la conformidad en el proceso penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10/2012, BIB 2012\146.

Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, ediciones jurídicas, Madrid, 2015.

Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1986.

Prieto-Castro y Ferrándiz, L. *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1987.

Puente Segura, L., *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994.

Mediación, proceso penal y víctima

Mª Isabel González Cano
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

1. Sistemas de justicia restaurativa y proceso penal

Tanto los sistemas jurídicos continentales como los del *common law*[1], formulan y ponen en práctica mecanismos alternativos a través de los cuáles se evite o ponga fin al proceso penal en marcha o en trámite, bien en fase pre-procesal, bien durante la instrucción o investigación, o en la fase intermedia y en el juicio oral, e incluso durante la ejecución de las penas. Se trata de instrumentos que, en cualquier caso, pretenden resolver el conflicto generado por la infracción penal entre la víctima y el victimario[2], a través de eventuales acuerdos reparatorios o restaurativos, y con la intervención de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal.

Estos mecanismos conciliatorios, restaurativos, o reparadores, en su caso a través de la mediación, potenciarían el efecto general de restablecimiento de la paz social, y el efecto particular del resarcimiento de la víctima por la vía de la restitución, la disculpa o la reparación.

Como veremos en las páginas que siguen, reparación o restitución no son sinónimos de la restauración y, además, los diferentes sistemas de justicia restaurativa no siempre pasan por la restitución civil, ni implican sustituir las consecuencias jurídico-penales del delito por la responsabilidad civil. La reparación y la restauración implican consecuencias más amplias que la responsabilidad civil, ya que actúan sobre la base del reconocimiento por el victimario de los

1. Barona Vilar, S., «Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales», en Pardo Iranzo, V. (Dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 253 y ss.

2. Sobre el concepto de conflicto desde la perspectiva de la justicia restaurativa penal, Corsón Pereira, F. y Gutiérrez Hernández, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 94 y ss.

hechos y del daño causado como consecuencia de esos hechos a la víctima, en un contexto marcado por la recuperación de esta última[3].

Tales instrumentos cuentan ya en nuestro país con cierto bagaje en el ámbito de la justicia penal del menor, respecto de la cual la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introduce, bajo el principio general de la atribución de la investigación del expediente al Ministerio Fiscal, figuras tales como el desistimiento en la incoación del expediente del menor, el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, y la reducción o modificación de las medidas impuestas por conciliación o reparación.

Por otro lado, en el ámbito de la ejecución penal, existen institutos cuya virtualidad también queda en cierto modo condicionada a la reparación a la víctima, tales como la suspensión de la ejecución de la pena o la sustitución de la misma.

Y en el ámbito de la justicia penal de adultos, la *«justicia reparadora»,* como la denomina la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de las víctimas o, en un sentido más amplio y completo a nuestro modo de ver, la *«justicia restaurativa»*[4], como la denominaba el Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013[5], cuyo principal instrumento es la mediación, cuenta ya con importantísimas referencias doctrinales sobre su fundamento y beneficios, y con experiencias piloto que nos sugieren el futuro de una regulación legal de esta institución.

A lo anterior, hay que unir tres referencias legales recientes, que remiten directa o indirectamente a la justicia restaurativa. La primera, la DF 1ª, apartados 8 a 16, de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal (en adelante, CP), que en cuanto concibe a la reparación como presupuesto de un sobreseimiento por razones de oportunidad, remite a mecanismos de justicia

---

3. Davis, *et al*., *Preliminary Study of Victim-Offender Mediation and reparation Schemes in England and Wales*, Home Office, Londres, 1987.

4. La expresión «restorative justice» fue promovida en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, y desarrollada en otras convenciones internacionales como en la de Adelaida de 1994, Ámsterdam en 1997 y Montreal en 2000.
La Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (DOUE de 14 de noviembre de 2012), por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, se refiere a la «justicia reparadora», como cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial (art. 2.1.d).

5. Como veremos, de justicia restaurativa hablaba igualmente el Borrador de Anteproyecto de LECrim de 2013 (Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012), así como la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal (Libro VI, sobre el procedimiento para el juicio por delitos leves), y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (servicios de justicia restaurativa).

restaurativa en el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves (arts. 963 y 964 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LECrim—)[6].

La segunda, los arts. 80 a 82 del CP, sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como los arts. 90 a 92 CP, sobre la libertad condicional. La reforma operada en estos institutos por la LO 1/2015, contienen importantes alusiones a la mediación penal como presupuesto condicionante de la posible aminoración de las consecuencias jurídicas derivadas del delito, o incluso de la progresión de grado en la ejecución de las penas privativas de libertad.

Y, en tercer lugar, en los arts. 3 y 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que configura el acceso a sistemas de justicia restaurativa como un derecho de la víctima dentro del proceso judicial.

El Derecho penal y procesal penal cumple, además de fines preventivos y de control social, uno esencial, como es la protección de los bienes jurídicos que el legislador considera más importantes para la convivencia y eficaz observancia de los derechos individuales y sociales. El monopolio de su aplicación recae en el Estado, como garante del interés general, y lo ejercita a través de un sistema normativo que garantiza los derechos procesales de las víctimas y de las personas investigadas y acusadas.

Frente a la objetividad y aparente neutralidad de esta concepción formal que limita y legitima la intervención estatal en la gestión del conflicto delictivo, entendiendo por tal el conflicto que surge tras la conducta o el hecho delictivo y que tiene tanto la naturaleza de conflicto social como de conflicto personal o interpersonal, aparecen disfunciones inherentes al funcionamiento institucional que generan en las personas graves consecuencias sociales y emocionales, dificultando, de esta forma, una solución humana, reparadora y resocializadora.

Las gestiones procesales que las víctimas tienen que realizar en las dependencias policiales y ante los órganos jurisdiccionales se caracterizan, a pesar de los esfuerzos legislativos para evitar las consecuencias negativas (victimización secundaria), por la desatención institucional respecto de las necesidades básicas que aparecen junto al delito, tales como acogida emocional, escucha, apoyo para la superación psicológica de la situación traumática sufrida, información de la situación, condición y motivación del infractor para la comprensión de su comportamiento, etc.; y, además, por la dificultad de acceder al conocimiento real de lo sucedido. Todo ello provoca, en no pocas ocasiones, sufrimiento psicológico, desconfianza frente al sistema institucional, indiferencia sobre el des-

6. González Cano, I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131 y ss.

tino de la persona acusada e, incluso, fortalecimiento de posiciones cercanas a la venganza y a la finalidad meramente retributiva de la respuesta penal.

En último extremo, persiste en la víctima la sensación de que el conflicto en que se vio involucrada no ha quedado resuelto en el nivel personal[7]. La búsqueda de la eficacia de la respuesta legal a la infracción penal desatiende, sin desearlo expresamente, la pacificación personal en su concepción más amplia.

Por otro lado, en la persona acusada y/o condenada, el exceso de *violencia* institucional y la adaptación al sistema penitenciario generan, con frecuencia, además del sufrimiento personal que supone la privación de libertad, la interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de desconfianza, un nulo aprendizaje de actitudes empáticas y de respeto a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, así como la ausencia de responsabilización respecto de la conducta infractora. Estas características se acompañan de un intenso deterioro de las facultades físicas y psicológicas. Se dificultan así los procesos de reinserción social, y se incrementan las posibilidades de reiteración delictiva.

Para evitar o atemperar las consecuencias descritas es preciso, entre otras actuaciones, articular dentro del proceso penal un instrumento de gestión del conflicto delictivo que, manteniendo la intervención procesal de la víctima, pueda facilitar respecto de ésta, no sólo la transformación del miedo e incertidumbre en confianza institucional y seguridad vital, sino también, la reparación por el daño sufrido. Asimismo, se espera que posibilite en la persona acusada la responsabilización de la conducta infractora, el aprendizaje de actitudes de empatía, el esfuerzo de reparación y la atenuación de la violencia institucional con la aplicación de las consecuencias penológicas correspondientes, así como las medidas alternativas que tiendan a dar solución a las causas que subyacen en la conducta infractora[8].

Para el cumplimiento de estos ambiciosos pero no por ello menos necesarios objetivos, la mediación penal se constituye como uno de los métodos más idóneos. También facilita el diálogo comunitario, reconstruyendo la paz social quebrada por el delito y minimizando la *violencia* estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil. Esta opción revierte pues

---

7. Barona Vilar, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 40 y ss.; Gonzalez Cano, I. *et al*., «La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación», en VV.AA., *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Ministerio de Justicia (CEJ), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 311 y ss.

8. Una interesante aproximación a la mediación desde las Ciencias sociales, en Corsón Pereira, F. y Gutiérrez Hernández, E., *Mediación y teoría…*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

positivamente en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal.

El encargado de dirigir el procedimiento mediador, sin perjuicio de la necesaria fiscalización judicial, sería el mediador, cuya intervención requiere una regulación normativa específica. Deberá actuar pues desde los principios de neutralidad, imparcialidad y respeto a la voluntad de las partes.

Por tanto, como afirma BONAFÉ-SCHMITT[9], la mediación en sí misma considerada, y sin perjuicio de las necesarias reflexiones sobre su autonomía y alternatividad, o bien su integración en la justicia penal, supondría la traducción de un nuevo modelo de regulación social, que no se limita a la mera gestión de los conflictos, sino que tiende también a crear nuevos espacios de comunicación y nuevos instrumentos de socialización.

La mediación, también en el ámbito penal, es pues una manifestación de la nueva racionalidad comunicativa en la resolución del conflicto penal. Esta nueva manera de comunicación en el seno del proceso penal descansa en dos pilares esenciales, como son, en primer lugar, la finalidad reintegradora respecto al infractor y, en segundo lugar, el mayor nivel protagónico de la víctima para su propia reparación y para la restauración de las consecuencias del delito en la sociedad. Como exponen ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA[10], estas son las claves que diferencian la mediación penal como sistema de resolución de conflictos, frente al proceso penal «clásico». Efectivamente, en un proceso penal como sistema absolutamente heterocompositivo de resolución del conflicto generado por el delito, las partes pierden protagonismo, la comunicación se instrumentaliza mediante un lenguaje legal también absoluto, y la decisión y su publicidad tienen un sentido eminentemente retributivo y ejemplar para la disuasión en el futuro.

No se trata en ningún caso de descalificar en todas sus vertientes el modelo de justicia penal, siempre mejorable, ni de abandonar obviamente los principios que lo inspiran y los bienes jurídicos a cuya protección va destinado, sino de introducir en dicho modelo otros focos de atención, tales como la dimensión psicológica y social que el delito produce para la víctima, para el infractor y para la propia sociedad.

---

9. BONAFÉ-SCHMITT, J. P., «Justice réparatrice et médiation pénale: vers de nouveaux modéles de régulation sociale?», en JACCOUD, M., *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergentes ou divergentes?*, L'Harmattan, París, 2003, pp. 17 y ss., *op. cit.* por ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNANDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de trabajo 110/2007 del Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, p. 59.

10. ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNANDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos…*, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

Tampoco se trata de sugerir un modelo paralelo o alternativo de justicia penal, sino una vía en la que, en determinados casos, y en el seno del proceso penal, la solución del conflicto y de la insatisfacción que genera el delito puedan afrontarse mediante una manera de gestión diferente, protagonizada por las partes en litigio, aunque con intervención judicial para preservar las garantías procesales y supervisar la legalidad del procedimiento.

En tal sentido, nos parece matizable la postura mantenida por ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, cuando afirman que la mediación, como sistema de justicia restaurativa, se basa en tres ejes, como son la deslegalización, la desjudicialización y la desjuridificación. Deslegalización en cuanto que, como afirman los citados autores, la ley ocupa un papel menos central pasando al mayor protagonismo de la discusión, el diálogo y la negociación. Desjudicialización, en cuanto que la solución no pasa necesariamente por el órgano jurisdiccional, y desjuridificación en cuanto que el acuerdo restaurativo o reparativo en el que desemboca la mediación no tiene necesariamente que pasar por la solución normativa.

Como decimos, estos tres ejes merecen ciertas reflexiones. Y en tal sentido, entendemos que la mediación no es una respuesta deslegalizada, sino que, muy al contrario, debe ser un sistema reglado, preestablecido en la ley penal y procesal penal en cuanto a su ámbito objetivo y subjetivo, en cuanto a su encuadramiento en el proceso penal, en orden a las líneas generales del procedimiento mediador, y en cuanto a la necesaria preservación de las garantías procesales de las partes en la mediación, en la obtención del acuerdo y en las consecuencias y efectos de éste.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, consideramos que la mediación no debe ser una respuesta desjudicializada, sino que la intervención judicial debe ser entendida de manera diferente a la del clásico modelo de enjuiciamiento penal. Así, si bien es cierto que la solución no es dada por el juez en sentido estricto, éste tiene un papel esencial como juez de garantías que fiscaliza la legalidad de la mediación, de su desarrollo y de sus efectos.

Y, en tercer lugar, la solución restaurativa no es ni debe ser ajena al Derecho, la mediación debe estar insertada e integrada en el ordenamiento, porque es el ordenamiento jurídico el que debe responder a las necesidades por las que se acude a la mediación, y no actuar a espaldas de la misma en régimen de confrontación.

En definitiva, el Derecho procesal penal debe incluir la mediación, ya que no se trata de actuar a espaldas del Derecho, sino de integrar la solución mediadora

en el Derecho. Y ello teniendo en cuenta que la mediación restaurativa respondería básicamente a varios objetivos, cuáles son:

— La mejora en la atención a la víctima y la mayor integración social del infractor.
— La reducción de los sistemas y, en su caso, de las respuestas retributivas y coercitivas a favor del acuerdo restaurativo.
— La razonabilidad y proporcionalidad del acuerdo reparador.
— Un procedimiento mediador profesionalizado a través de la figura del mediador.
— Un procedimiento mediador garante y respetuoso de los derechos de las partes.
— Y, un procedimiento mediador integrado en el proceso penal, con preestablecimiento de sus consecuencias y efectos, y control judicial y fiscal.

La mediación, como instrumento de justicia restaurativa penal, se articula y funciona de diferente manera en los diferentes sistemas jurídicos, de manera que los objetivos anteriormente enunciados se conjugan de manera diversa en cada uno de ellos.

Así, siguiendo la clasificación de ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, existe, en primer lugar, un modelo originario, de corte anglosajón; y, en segundo lugar, un modelo que podemos denominar continental[11]. Y la diferencia esencial entre ambos modelos radica en la vigencia, en mayor o menor medida, del último de los objetivos más arriba detallados, cual es el relativo a la inserción de la mediación en el seno del proceso penal, con regulación de las consecuencias y los efectos de esta solución restaurativa en dicho proceso, y con control judicial o fiscal en su desenvolvimiento.

Efectivamente, el sistema «mediador» anglosajón, basado en la concepción comunitarista de la justicia restaurativa (por ejemplo, la *community mediation*), se desarrolla prácticamente al margen del sistema judicial. No hay que olvidar que esta búsqueda de alternativas para resolver el conflicto de trascendencia penal responde a coordenadas internacionales que surgen fundamentalmente en el mundo anglosajón, especialmente en EEUU a través de la llamada ADR *(Alternative Dispute Resolution)*.

---

11. ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNANDEZ GARCÍa, J., *Sistemas alternativos*…, *op. cit.*, pp. 61-64. V. igualmente, PEREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pp. 18 y ss., y, especialmente, sobre el tratamiento de la reparación en la doctrina alemana, pp. 60 y ss. y 207 y ss.; VARONA MARTINEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada 1998, pp. 285 y ss. Un excelente y riguroso tratamiento de las experiencias en otros ordenamientos, en BARONA VILAR, S., *Mediación penal*…, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

Por su parte, en países como Francia, Alemania o Italia, la mediación se desenvuelve en el seno del proceso penal, de manera que aunque su articulación en cuanto al procedimiento de mediación *strictu sensu* goza de autonomía funcional, sin embargo existe un control externo de la misma por la autoridad judicial o fiscal y una previsión legal respecto de la eficacia del acuerdo restaurativo[12].

Evidentemente, los contornos de la respuesta penal, la prevención especial y la resocialización, pero también la protección de los bienes jurídicos que la sociedad asume, así como el modelo de enjuiciamiento criminal, son los que nos permitirán hablar con cierto rigor científico de la legitimidad de la mediación penal en nuestro sistema procesal penal.

Más allá de planteamientos eufóricos y hasta utópicos sobre las bondades de la mediación, hay que tener presente que actualmente la mediación penal se practica partiendo de proyectos piloto y sin un respaldo legal expreso, esencial en cuanto a la derivación del caso, las garantías procesales del procedimiento y los efectos del mismo y del posible acuerdo. Si a ello unimos que las últimas iniciativas legislativas apuntan a incluir la justicia restaurativa en una futura LECrim, entendemos imprescindible decantarnos por un modelo, y sobre todo analizar su integración en la ley procesal penal y en el sistema de justicia penal del que nos dotemos.

2. Víctima, justicia restaurativa y mediación penal. ¿Contribuye la mediación penal a la protección y defensa de los intereses de la víctima?

Enfoques orientados a la prevención especial y a la resocialización, así como el estudio científico de la victimología, han abundado en un análisis más humano del conflicto penal que, sin perder de vista la prevención general y el proceso penal como instrumento garantista en orden al ejercicio por el Estado del *ius puniendi*, conceden protagonismo a víctima y victimario para la resolución del conflicto. Es la denominada justicia restitutiva, reparadora o restauradora.

El fundamento ideológico de la justicia restaurativa, una idea más humanitaria de la justicia penal, se une a la evolución doctrinal sobre el sistema penal y la finalidad de la pena, que han tenido una trascendental importancia. La prevención especial, la resocialización, incluso las corrientes de la intervención mínima del Derecho Penal, la criminología crítica o las teorías abolicionistas, ade-

12. Una detallada exposición de estos sistemas en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

más de las aportaciones de la victimología y la victimodogmática, han repercutido en la conformación de los sistemas restaurativos y de la mediación penal[13].

La reintegración de la víctima en la justicia penal, en la que influye decididamente la victimología y la victimodogmática, así como las teorías abolicionistas y minimalistas del Derecho Penal, y los principios resocializadores derivados de la prevención especial, son los elementos doctrinales que más han influido a nuestro parecer en la construcción de la llamada justicia restaurativa, y por ende en la mediación penal como medio o instrumento de la misma.

En el engranaje de la justicia penal, en el que entendemos la viabilidad de la mediación penal integrada en el proceso, fundada en la prevención especial y la resocialización y también en la búsqueda de la paz social, las diversas fórmulas de justicia restaurativa pueden coadyuvar activamente a lo que se ha venido denominando la visibilización de la víctima y la adquisición de su status protagónico en el enjuiciamiento penal[14].

Desde mediados del pasado siglo, la Victimología ha reivindicado el denominado «redescubrimiento» o la «desmarginalización» [15] de la víctima, y ha profundizado en su incorporación al proceso penal[16].

Los posicionamientos sobre el status, los derechos y la participación de la víctima tendrán efectos muy trascendentes, por lo que ahora nos ocupa, en el proceso penal y en la integración en el mismo de vías restaurativas como la mediación.

El monopolio estatal, judicial y procesal del *ius puniendi*, y la indisponibilidad por los particulares del Derecho Penal, conllevó que el «conflicto» penal originado por la lesión de un bien jurídico se protagonizara realmente por el Estado y el infractor, tanto en cuanto a la perseguibilidad del delito, como en cuanto a su investigación y enjuiciamiento. Es el fenómeno de la «expropiación del conflicto» a la víctima por parte del Estado, como radical contraposición a la venganza privada y a fórmulas de autotutela penal.

---

13. GONZÁLEZ CANO, I., *La mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

14. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria" (el penado como víctima del sistema legal)», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 287 y ss.

15. CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 24.

16. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, pp. 6 y ss.

El Estado moderno implica que el sistema y el proceso penal son instrumentos de control del Estado. Acción pública del Estado, promoción de la acción de la justicia por el Ministerio Fiscal, proceso penal preestablecido, jurisdiccionalización del conflicto y exclusividad de la vía judicial, etc., son las consecuencias de este proceso.

Evidentemente, aunque estas características del sistema y del proceso penal sean las generales, cada modelo ha introducido de cierta manera la intervención de la víctima en la persecución y el enjuiciamiento del delito[17]. Aunque la regla general es el predominio de la persecución pública en manos del Ministerio Fiscal, y por tanto el monopolio estatal, bien es cierto que en España existe la denuncia de la víctima como presupuesto de procedibilidad en determinados delitos, y una modulación en la perseguibilidad del delito y en el ejercicio de la acción penal en función de los llamados delitos públicos, en los que aun no estando prohibida la persecución por las víctimas, e incluso siendo posible la querella pública, la misma se halla en poder del Estado; semipúblicos, respecto de los que los hechos solo pueden perseguirse a instancia de parte, si bien la continuación procesal es pública; y privados, es decir, perseguibilidad e impulso procesal exclusivos de la víctima.

Pero, además, como consecuencia de lo anterior, y este quizás es el elemento más trascendente, la víctima se «objetiviza»[18], se convierte en elemento de la investigación y prueba de cargo para el enjuiciamiento, en un «*soporte de la estrategia de la acusación*» (Armenta Deu)[19], lo que a su vez le hace padecer el sufrimiento institucionalizado de la llamada victimización secundaria. Como afirma Quintero Olivares[20], «*su tradicional conceptualización y el único espacio en el que se le dotaba de una consideración de categoría jurídica era en la teorización del individuo sobre el que recaiga la acción criminal como el sujeto pasivo de ésta...».* Ello, independientemente de la posibilidad del ejercicio de la pretensión civil derivada del hecho delictivo en orden a la reclamación de una restitución, una reparación o una indemnización por los daños provocados, y de su posible acumulación a la pretensión punitiva en el proceso penal.

---

17. Como señala Armenta Deu, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 100 y ss., la posición de la víctima ilustra sobre la diferente orientación de los códigos procesales penales continentales y anglosajones. Así, los sistemas continentales mixtos otorgan un papel más activo a la víctima incluso con facultades equiparables a las del fiscal; en tanto que en EEUU la situación es la opuesta, y el sistema adversarial no favorece a participación de la víctima.

18. Gómez Colomer, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 48 y ss.

19. Armenta Deu, T., *Sistemas procesales penales…*, *op. cit.*, p. 101.

20. Quintero Olivares, G., «La víctima y el Derecho Penal», en VV. AA., *Estudios de Victimologia. Actas del I Congreso español de victimologia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 16

Las corrientes doctrinales de la victimología y la victimodogmática han puesto de relieve la necesidad de protección de la víctima, llegando a configurar la reparación como un fin del proceso penal, bien mediante la satisfacción de la responsabilidad civil o bien mediante la atribución a la víctima de la condición de parte procesal acusadora, con diferentes matices y distinto alcance según el ordenamiento.

Por otro lado, el «silenciamiento» de la víctima ha dado lugar, como reacción, a posicionamientos que incluso llegan a defender un *ius puniendi* de las víctimas. Ello, independientemente de su categorización como ofendido o bien como perjudicado, o concurriendo en la persona ambas connotaciones subjetivas; e independientemente también del ejercicio de la acción penal o *ius accusandi*, que es más limitado obviamente que el derecho a castigar. Es lo que se ha venido a llamar la instrumentalización de la víctima para lograr el endurecimiento de posiciones punitivas extremas en el ámbito de la política criminal, utilizando la emotividad de la víctima con un carácter distorsionante respecto a los fines del Derecho Penal[21].

Nos mostramos absolutamente contrarios al reconocimiento del derecho de la víctima al castigo del infractor, y ello desde diversos argumentos. En primer lugar, no entendemos que del derecho al castigo surja la reparación ni se restablezca la igualdad entre víctima y victimario, más allá de posicionamientos asentados en la venganza, ajenos pues por completo a cualquier análisis científico.

Por otra parte, y en segundo lugar, porque el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la CE debe entenderse en materia penal como *ius ut procedatur* del proceso penal o derecho a provocar el inicio del proceso penal, a partir del cual es el Estado el que va a llevar a cabo la persecución del hecho y, en su caso, decidirá sobre la consecuencia jurídico-penal, de manera que no hay derecho al castigo o a la condena por parte del ofendido[22]. En definitiva, la víctima no ostenta el *ius puniendi* respecto al presunto responsable, sino el *ius ut procedatur* o facultad de inicio de la causa penal[23].

Y en tercer lugar, no olvidemos que la sustitución del *ius puniendi* estatal por el *ius puniendi* «privado» de la víctima, implicaría que el proceso penal y el

---

21. Armenta Deu, T., *Sistemas procesales…*, *op. cit.*, p. 110.

22. Entre otras, v. la STC 211/1994, de 13 de julio.

23. Cosa bien distinta, como apunta Colomer Hernández, J. L., «Mediación penal y sustitución del acusador particular: hacia un nuevo paradigma en la posición de la víctima en el proceso penal», en Garciandia González, P. y Soleto Muñoz, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 455 y 456, es la contradicción entre la configuración del derecho a la tutela judicial de la víctima como ius ut procedatur, y el papel del acusador particular como autónomo e independiente del Ministerio Fiscal y del acusador público, que realmente llega a obviar el significado y la titularidad estatal del *ius puniendi*.

derecho fundamental al proceso debido, como instrumento público de la Administración de justicia, pasaría «a manos privadas» y perdería su razón de ser. El sistema acusatorio, las garantías procesales penales y todo lo que ello conlleva perderían su sentido.

Merece la pena detenerse en este punto, ya que apoyarse en estos posicionamientos para justificar y legitimar una justicia restaurativa que gestione el conflicto penal con ajenidad al Estado, puede conducir a consecuencias perversas y, en definitiva, pueden provocar críticas fundadas a la mediación penal, haciendo pues un flaco favor a la legitimidad de los instrumentos alternativos integrados en el proceso penal.

Así, a poco que profundicemos en la viabilidad de un posible *ius puniendi* de la víctima y en la substitución por el mismo del *ius puniendi* del Estado a través del monopolio jurisdiccional, percibimos que, más allá incluso de consecuencias cercanas o identificadas totalmente con la venganza, quedarían obviadas las finalidades de la prevención, tanto general como especial.

Fijémonos que no es igual hablar de justicia restaurativa como elemento integrado en la justicia penal del Estado, que convive con otras vías e instrumentos, y que persigue la paz social y la resocialización, que referirnos a una justicia restaurativa como base del sistema penal, con desconocimiento de finalidades preventivas y priorización absoluta de la situación de la víctima.

El primer modelo tiene una clara función social, incluyendo fórmulas autocompositivas entre las partes a las que la ley procesal penal debe dar forma y efectos. El segundo posee una visión individualista absoluta, una única función que es la restitutiva; es decir, sólo interesa la respuesta y compensación a la víctima como forma de restaurar el equilibrio con el infractor, con exclusión de cualquier fin social del sistema penal.

La justicia restaurativa no substituye al modelo procesal penal derivado del monopolio estatal del *ius puniendi*, sino que lo complementa mediante instrumentos como la mediación. Pretender superar el olvido institucional del *status* de la víctima dándole el derecho a castigar y utilizando como pretexto la justicia restaurativa, incluso puede suponer una vía indirecta para la restricción de los derechos de imputados, ofendidos y perjudicados.

En la experiencia alemana, el Proyecto Alternativo sobre reparación penal de 1992[24], en el que ROXIN participó activamente, pone de manifiesto como la

24. BARONA VILAR, S., *Mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 183 y ss; BARONA VILAR, S., «Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania», en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos…*, *op. cit.*, pp. 235 y ss.

reparación sirve al establecimiento la paz jurídica también a través del cumplimiento de fines de prevención general y de prevención especial[25]. Una reparación pensada como respuesta penal que atenúa o hace desaparecer el sentimiento social de peligro, e impulsa la protección de la víctima. Desde la prevención especial, supone así una asunción de responsabilidad y de la necesidad de reparar el daño por el infractor.

Estas referencias, que además se ajustan al principio de subsidiariedad penal y al elemental principio de proporcionalidad, ponen de manifiesto que el restablecimiento de la paz jurídica necesita un diálogo voluntario entre víctima e infractor para la solución y la reparación. Un diálogo encaminado a que el infractor interiorice y asuma los efectos y las consecuencias de su acción, y a que la víctima pueda hacer valer sus necesidades de reparación del daño sufrido.

En el referido proyecto resulta obvio que este enfoque visualiza y favorece la posición de la víctima, en cuanto se le toma en consideración, se le otorga su papel protagónico, se facilita su participación en la solución, y se potencia la reparación del daño (económica, y en su caso simbólica o inmaterial) y la tutela de sus intereses.

Además, entendemos que el tema merece ser afrontado con el rigor científico de la victimología, la corriente doctrinal dedicada al estudio de la víctima[26].

Destaca LARRAURI[27] que hay tres enfoques de trabajo fundamental en tal sentido, y que son las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas); la posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); y la atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas).

Atendiendo a esos tres ámbitos, parecen importantes a su vez dos conclusiones sobre el papel de la víctima en la fundamentación de las soluciones restaurativas integradas en el proceso penal.

En primer lugar, y aun no siendo el objeto de este trabajo la profundización en esta disciplina de la victimología, sí que consideramos imprescindible apuntar, siguiendo a TAMARIT SUMALLA[28], que los avances de la victimología se centran en:

---

25. ROXIN, C., «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en ROXIN, C., *Fundamentos político - criminales del Derecho Penal*, De Palma editor, Buenos Aires, 2008, pp. 205 y ss.

26. Una exposición sobre sus orígenes, en BARONA VILAR, S., *Mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

27. LARRAURI PIJOAN, E., «Victimología», en VV.AA., De los delitos y de las víctimas, AdHoc, Buenos Aires, 2001, pp. 285 y 286.

28. TAMARIT SUMALLA, J. M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 91.

— El conocimiento de las bases científicas sobre los procesos de victimización, al objeto de permitir una adecuada gestión de la prevención por parte de los poderes públicos y de los agentes sociales, con especial atención a los colectivos más vulnerables.
— Y, la formulación y reivindicación de los derechos de las víctimas, a partir de la indagación de los intereses objetivos de las mismas, y para el impulso de políticas sociales dirigidas a satisfacer los referidos derechos e intereses, procurando la desvictimización, la ayuda para superar los efectos negativos del hecho traumático y el logro de la plena inserción en la vida social.

Primero la Decisión Marco (en adelante, DM) del Consejo de la Unión de 15 de marzo de 2001, y después la Directiva del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012, recogen los contenidos mínimos del estatuto de la víctima en el proceso penal, y abundan en la idea de articular un trato integral de las necesidades de la víctima, que gira sobre cinco ejes fundamentales, como son la información, la participación, la asistencia, la protección y la reparación. La mediación penal es considerada como un instrumento idóneo en aras de la recuperación de la víctima y de su compensación, material o moral.

Merece especial interés que la Directiva de 2012 encuadre la mediación penal en el ámbito del capítulo 3º, dedicado a la participación de la víctima en el proceso penal. Junto a derechos como el de ser oída, el derecho a que se adopte una decisión sobre la continuación del procedimiento, o el derecho a la asistencia gratuita, el art. 12 de la Directiva se refiere al «derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora», configurando el elenco de los principios que deben inspirar la mediación penal en los Estados miembros (voluntariedad, confidencialidad, etc.).

En el mismo sentido, abordaremos en este punto la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2012/29/UE, operada mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, cuyo art. 3 establece el derecho de la víctima a la justicia restaurativa, precepto desarrollado en el art. 15 en orden a la finalidad de dicho servicio y a los requisitos para su derivación al mismo.

En segundo lugar, también sin ánimo de profundizar en los postulados de la victimodogmática sobre la posibilidad de que el comportamiento de la víctima tenga trascendencia en la punibilidad del comportamiento del infractor, sí queremos reparar en que, independientemente de la personación o no en la causa como acusador particular, determinados comportamientos de la víctima pueden condicionar las consecuencias jurídico-penales, pueden incidir en las condiciones de perseguibilidad y de procedibilidad, en los aspectos cualitativos y

cuantitativos de la acusación, en la condena y en las circunstancias modificativas de la responsabilidad, o incluso en la ejecución de la pena[29].

Aquí los riesgos son evidentes y se debe ser cuidadoso si actitudes y comportamientos de la víctima pueden condicionar la viabilidad de mecanismos restaurativos con consecuencias procesales tales como el sobreseimiento o la aminoración de la condena. Como veremos en las páginas que siguen, críticas fundadas a la mediación penal alegan que estamos a veces ante el favorecimiento de enfoques puramente individualistas del conflicto que pueden generar (o degenerar) en lo que se ha venido a denominar el «integrismo victimario», y a la postre, como reacción, en demandas de endurecimiento de la respuesta penal[30].

3. La mediación penal como sistema de privatización del conflicto o de priorización de la reparación a la víctima

Se ha argumentado que la mediación favorece el enfoque puramente individualista del conflicto, en detrimento de los fines sociales que deben presidir la justicia penal, lo cual puede incluso derivar en la paradoja de una demanda de endurecimiento de la respuesta penal y en la aminoración de la función garantizadora del propio proceso penal, que se ha venido a identificar con el llamado «integrismo victimario».

Entendemos, sin embargo, que la mediación penal no implica una perspectiva puramente individualista del conflicto, sino un tratamiento individualizado del mismo basado en el empoderamiento de la víctima en condiciones de igualdad con el victimario, pero también en condiciones de igualdad de éste último con la víctima.

Se argumenta igualmente el hecho de la posible instrumentalización de la víctima, que puede verse obligada a someterse a la mediación, y en definitiva, al enfrentamiento con el victimario y a una mayor victimización, sustrayéndose de la protección victimológica que otorga el tradicional proceso penal. Esta sería la razón principal por la que, por ejemplo, se entiende prohibida la mediación penal en materia de violencia de género.

---

29. QUINTERO OLIVARES, G., «La víctima y el Derecho Penal», *op. cit.*, p. 24, sobre la victimodogmática en cuanto a la consideración de la víctima como cuestión político-criminal.

30. Sobre estos riesgos, TAMARIT SUMALLA, J. M., «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en VV. AA., *Estudios de Victimologia. Actas del I Congreso español de victimologia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 28.

Obviamente, la justicia restaurativa y la mediación penal no es la panacea de la justicia penal ni puede concebirse como la alternativa al modelo tradicional, ni resultaría aplicable a todos los casos. En primer lugar porque por su propia naturaleza es un instrumento autocompositivo que depende de la voluntariedad de las partes, de su elección pues libre y de su consentimiento expreso e informado, presupuestos que deben concurrir en su caso hasta la adopción del acuerdo. Y, en segundo lugar, y junto con la voluntariedad, no hay que olvidar la necesidad de que el procedimiento mediador se desarrolle de principio a fin en condiciones de igualdad y de equilibrio emocional y comunicacional.

Si bien es cierto que en muchos casos es evidente que la aplicación de sistemas de justicia restaurativa beneficia a la víctima moral y psicológicamente, también lo es que hay otros que le acarrean incluso un mayor sufrimiento psicológico y una peor calidad de vida.

Aunque la mayoría de análisis del impacto de la mediación y del resto de sistemas restaurativos se centran en el victimario, y por tanto se realizan desde la perspectiva de la resocialización y de la prevención general, no faltan estudios que han intentado «medir» el grado de satisfacción de víctimas que se someten a sistemas de justicia restaurativa, algunos de ellos incluso comparando estos instrumentos o esas expectativas de mejora de la situación de la víctima con los modos tradicionales de terminación del proceso penal[31].

Así, en EEUU, Nueva Zelanda o Canadá algunos de estos trabajos, con mayor o menor alcance, naturaleza experimental y significación científica, concluyen que si bien algunos programas de mediación entre víctima y victimario producen una satisfacción en la víctima en cuanto perciben que se aminora el riesgo de la victimización secundaria, también es cierto que los beneficios psicológicos o terapéuticos para la víctima no siempre se consiguen, o incluso que estos sistemas alternativos son en este punto contraproducentes, bien por la naturaleza del caso, por la desigualdad entre las partes a nivel psicológico y comunicacional, o los errores en la llevanza del procedimiento[32].

Cuando alguno de estos estudios profundiza en lo que se denomina el «triunvirato penal», es decir, el impacto del sistema alternativo respecto a victimario, víctima y sociedad, hay un elemento a nuestro modo de ver muy relevante que pone de manifiesto las dificultades de la integración de la justicia restaurativa en el sistema procesal penal. Nos referimos al que podemos denominar el «um-

---

31. Barona Vilar, S., «Mediación penal como elemento restaurativo de las víctimas: ¿en todo caso y para todas las víctimas?», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 457 y ss.

32. Un pormenorizado estudio de estos trabajos en Barona Vilar, S., *La mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

bral» de la satisfacción de las partes, que depende de las expectativas de cada una de ellas.

La reparación en sentido amplio (económica, terapéutica o moral), fruto del consenso voluntario de métodos autocompositivos, puede considerarse una consecuencia jurídico - penal de la infracción, en su doble vertiente de «sanción» al victimario y de satisfacción a la víctima. Lo que ocurre es que no siempre ambas vertientes están equilibradas o igualmente ponderadas, de manera que una reparación adaptada a las circunstancias económicas del victimario cumple con la función social del mecanismo restaurativo y probablemente con el fin resocializador, pero quizás no con las expectativas de la víctima en relación al daño o sufrimiento padecido[33]. Ello implica que en función de las circunstancias del caso y de las partes, se priorizan las finalidades de víctima o de victimario. En definitiva, dependiendo del caso y de sus circunstancias, el acuerdo restaurativo o restaurador, y por tanto la composición víctima - victimario, pueden ser complementos o sustituciones de la pena en atención a los fines de la misma, la prevención general o especial.

Esta circunstancia, por una parte, no es ajena al modelo procesal contradictorio, por lo que no creemos que sea una desventaja añadida a los sistemas restaurativos. Y, por otra parte, siendo una circunstancia común al modelo clásico y al instrumento autocompositivo integrado, puede ser que los elementos correctores en el segundo sean factibles. En tal sentido, se trata de priorizar intereses en función del diálogo y de la voluntariedad del mecanismo restaurativo, siempre entendiendo la amplitud de la respuesta restaurativa, en cuanto reparación económica, o reparación-compensación moral o terapéutica.

Ello implica también, y hay que tenerlo presente a nuestro modo de ver, que los sistemas restaurativos, o algunos de ellos en concreto, no siempre son la mejor opción para la víctima, de manera que el trabajo previo a la derivación del caso a sistemas como la mediación penal debe ser trascendental. En este punto consideramos que más que predefinir la voluntariedad y la igualdad, presuponiéndola o no en función de los tipos delictivos, es decir, configurando legalmente el ámbito objetivo de la mediación penal, es más importante arbitrar, independientemente de la tipología delictiva, las condiciones de la voluntariedad y de la igualdad para acceder a la mediación penal.

Valorar la voluntariedad y las condiciones de igualdad previas, debería articularse como presupuesto ineludible de los sistemas de justicia restaurativa. Y,

---

33. GALAWAY, B., «The New Zealand Experience Implementing the Reparation Sentence», en MESSMER, H., OTTO, H. U. (Eds.), *Restorative Justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation —International Research Perspectives—*, Kluwer, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 67 y ss.

obviamente, también es tarea esencial la preservación de la voluntariedad y de la igualdad durante todo el procedimiento mediador, de forma que habrá que poner fin a dicha vía restaurativa en el momento en que estas garantías queden comprometidas.

En este punto, consideramos que no tendría sentido ni utilidad el establecimiento de un catálogo de delitos «mediables», en los que se presuma la igualdad. Tampoco sería la mejor opción formular un catálogo de delitos excluidos a priori de las vías de autocomposición penal presuponiendo la desigualdad. Lo realmente relevante es la regulación del arco de presupuestos que garanticen una mediación en condiciones de igualdad y equilibrio de poder en atención a las circunstancias de las partes. Hay que estar a las circunstancias de cada caso, sobre todo, a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes, para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación en cada caso concreto.

Igualmente, se ha puesto de manifiesto el riesgo de privatización del conflicto penal, al hacer depender el acuerdo reparatorio de la capacidad económica del victimario y, en su caso, al condicionarse el ejercicio de la acción penal a un componente indemnizatorio que sólo beneficiaría a los infractores con capacidad económica.

La reparación a la víctima, como consecuencia de la justicia restaurativa, centrando el objetivo de la justicia penal en el sujeto pasivo del delito, no implica privatizar el conflicto en detrimento de otros fines de la justicia penal[34]. Muy al contrario, como hemos apuntado en páginas anteriores, estas fórmulas restaurativas pueden favorecer que el infractor aprenda conductas empáticas ante el sufrimiento humano, y permite pues que, sin renunciar a fines preventivos, se potencie la paz social.

Como afirma con acierto BARONA VILAR[35], «*mantener este argumento implica asumir una posición reduccionista de la misma (*de la justicia restauradora*), a saber, tan sólo centrada en la reparación económica individual o personalizada».* Al respecto entendemos necesarias dos reflexiones.

En casos en los que el autor de los hechos se negase por carencia de medios a realizar una reparación, fruto de un acuerdo, ello podría conllevar la continuación del proceso penal e incluso la imposición de una pena que podría incre-

---

34. CARRASCO ANDRINO, M. M., «La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en EEUU)», en *Jueces para la democracia*, número 34, 1999, pp. 69 y ss.

35. BARONA VILAR, S., *Mediación penal…*, *op. cit.*, p. 159.

mentarse como consecuencia de la actitud negativa del autor a reconocer no solo los hechos, sino sobre todo las consecuencias producidas a la víctima por los mismos, esto es, el daño.

A la inversa, el rechazo de la víctima de forma no razonada al acuerdo y la reparación podría llevar a que, ante la falta de consenso, igualmente el proceso penal continuase o llegara a imponerse una pena que la reparación habría atenuado.

Estos dos riesgos deben compensarse o neutralizarse a través de la introducción en la regulación de la mediación penal del principio de proporcionalidad. Obviamente, sin privar de voluntariedad y consenso a la determinación de cuantías reparatorias, una mediación reglada debe contener límites que eviten una utilización fraudulenta y desproporcionada de la mediación.

Por otra parte, no debemos perder de vista que, en su sentido amplio y flexible, la justicia restaurativa no siempre implica respuestas o acuerdos reparatorios a modo de compensaciones económicas, sino que en muchos casos, y ello no implica necesariamente un componente vengativo, la víctima sólo desea arrepentimiento, disculpas y reconocimiento del daño, o reparaciones de carácter comunitario no necesariamente vinculadas a su indemnización económica[36].

De nuevo, deben primar la flexibilidad y la proporcionalidad en la respuesta. Es importante la valoración del conflicto a efectos de su derivación a la mediación penal, en función de la viabilidad de posibles acuerdos y de su cumplimiento futuro.

Y junto con ello, es imprescindible que el modelo de justicia penal que opte por incluir la mediación penal, lo haga no como alternativa sino en su calidad de fórmula complementaria, cuando el hecho delictivo lo permita, cuando las circunstancias del mismo hagan prever que el procedimiento es factible y que los posibles acuerdos serán ejecutables o susceptibles de ser cumplidos. Una derivación indiscriminada de casos, o una derivación automática basada en el listado preestablecido de delitos «mediables» tiene grandes posibilidades de fracasar.

Y ello a nuestro entender por dos razones. En primer lugar porque la voluntariedad y el status de igualdad entre las partes son los mejores indicadores de

---

36. MARTINEZ ESCAMILLA, M., «La mediación penal en España: estado de la cuestión», en MARTINEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P. (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011, pp. 17 y 18, apunta que la reparación debe entenderse en un sentido amplio, que no necesariamente tiene que coincidir con la responsabilidad civil sino que puede incluir otras formas de resarcimiento, tales como la petición y aceptación de disculpas o la realización de actividades a favor de la víctima o la comunidad.

viabilidad de la mediación. Y, en segundo lugar, porque en este punto no puede perderse de vista que una derivación indiscriminada o automática puede conculcar gravemente las garantías procesales penales, de la víctima y del victimario, y por tanto la finalidad esencial del proceso penal como garantía esencial del ciudadano frente al ejercicio estatal *del ius puniendi*. Así, incluso se ha reprochado a la mediación el hecho de tratarse de un sistema que «banaliza» la propia reparación, ya que, por una parte, sólo sería aplicable a delitos bagatela, y, por otro, convierte en mínimo el esfuerzo del victimario en la reparación.

En definitiva, como apunta BARONA VILAR[37] «*hay delitos de bagatela para los que la justicia reparadora carece de sentido, y hay delitos de cierta gravedad, e inclusive aquellos en los que pueden existir un importante número de víctimas, en los que emplear estos instrumentos puede ser el camino o quizás el único camino para poder alcanzar soluciones adecuadas desde el punto de vista penal. Especialmente esto debe valorarse si se asume que una de las importantes consecuencias de este modelo de justicia es evitar las consecuencias del futuro, a saber, en los delitos más graves se palpa mucho más la reducción de la repetición de hechos similares por el autor del mismo».*

Igualmente, los perfiles de esta institución en ningún caso pueden obviar derechos fundamentales como el de presunción de inocencia o el de no autoincriminación. En definitiva las fórmulas restaurativas no son ajenas o mejor dicho, no pueden serlo, a las garantías del proceso penal, de ahí la necesidad de integrarlas adecuadamente en el mismo, y establecer prevenciones que salvaguarden los derechos del imputado o acusado.

4. Últimos avances sobre la integración de la mediación en el proceso penal

Como decíamos antes, el sistema procesal penal necesita integrar la justicia restaurativa y la propia mediación penal. Existen medidas de diversión, tanto en el CP como en la LECrim, fundamentalmente la conformidad y la aplicación de la atenuante de reparación a la víctima[38]. A ellas se une el papel dado a la

---

37. BARONA VILAR, S., *Mediación penal…*, *op, cit.*, p. 160. En este punto, la autora cita las reflexiones de Sherman y Strang, y apunta como es curiosa la afirmación que hacen estos autores de que en los estudios empíricos realizados se trabaja mejor con mecanismos de justicia restaurativa cuando se trata de delitos con violencia así como con delitos contra la propiedad, lo que es chocante para nuestra cultura en la medida en que los delitos en los que se emplea violencia es quizás más compleja la voluntad de la víctima en tomar parte en estas modalidades restaurativas, y si lo hacen suelen optar por la vía de los cauces indirectos y no el *face-to-face*.

38. GONZÁLEZ CANO, I., *La mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

reparación a la víctima, la restitución y la indemnización, en el nuevo proceso por aceptación de decreto del art. 803 bis de la LECrim, introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y aplicable para penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o privación del derecho a conducir vehículos a motor, susceptibles después de ser suspendidas con arreglo al art. 80 del CP. En tal sentido, la reparación es concebida, bien como objeto del procedimiento, en orden a la anticipación de la responsabilidad civil, o bien como presupuesto del decreto de imposición de pena del Ministerio Fiscal y posterior sentencia de condena del Juez de Instrucción. Desde ambas perspectivas, la mediación penal podría ser un mecanismo integrado para propiciar estos procedimientos monitorios penales como maneras de terminación y resolución anticipada del proceso penal, que permiten la conversión de la propuesta sancionadora del Ministerio Fiscal en sentencia condenatoria firme previa aceptación del acusado[39].

Sin embargo, consideramos imprescindible incluir la mediación en el ámbito del principio de oportunidad reglada, a regular en la LECrim.

Dicho principio se articularía como nuevo motivo de sobreseimiento por razones de oportunidad reglada basada en la mediación. De esta manera, podrá acordarse el sobreseimiento por razones de oportunidad cuando, no obstante la existencia de la sospecha o indicios de la comisión de una acción típica, culpable y punible, la ley expresamente autorice, por las causas y para el logro de los fines constitucionales, el sobreseimiento provisional o definitivo de las actuaciones tras la mediación entre víctima y victimario.

Dicho sobreseimiento podría acordarse, a instancia del Ministerio Fiscal, por el Juez de Instrucción durante las fases de instrucción o intermedia, o en su caso, por el órgano del enjuiciamiento.

Sobre este posible modelo, que hemos apuntado en trabajos previos[40], es preciso traer a colación los sistemas ideados tanto en el Anteproyecto de LECrim de 2011, como en el Borrador de Anteproyecto de LECrim de 2013, así como el sobreseimiento por razones de oportunidad que la LO 1/2015 introduce en el ámbito del enjuiciamiento de los delitos leves.

---

39. González Cano, I., *La mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 129-131.

40. González Cano, I. *et al*., «La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación», …*op. cit.*, pp. 311 y ss; González Cano, I., «La mediación penal en España», en Barona Vilar, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 43 y ss.

1. El Anteproyecto de LECrim de 2011[41] contempla plazos máximos, efectos suspensivos de la mediación sobre el proceso, además de preverla tanto en fase de investigación que finalizaría mediante archivo condicionado al cumplimiento del acuerdo, en la fase intermedia, e igualmente en el juicio oral. En este último caso, se regula con cierto detalle la suspensión del juicio oral para la celebración del procedimiento mediador, la incorporación del acuerdo a través bien del sobreseimiento bajo condición o de la modificación de los escritos de calificación o de conclusiones, y la consideración del acuerdo en sentencia a través de una conformidad premial o de la apreciación de la atenuante de reparación. A todo ello se une la previsión de la mediación en fase de ejecución de sentencia (arts. 157 a 161).

En definitiva, el modelo del Anteproyecto de 2011 se acoge al principio de oficialidad, de forma que son el Ministerio Fiscal o el órgano jurisdiccional los que acuerdan la derivación a un procedimiento de mediación, con escrupulosa observancia del principio de voluntariedad (consentimiento informado), y con el efecto de suspensión de la causa salvo para la realización de diligencias indispensables. Igualmente son el Ministerio Fiscal o el juez los que posibilitan la homologación del acuerdo dotándole de los efectos pertinentes según la fase del proceso. Y ello sin preestablecer estrictamente un marco objetivo ni subjetivo de delitos y conflictos mediables, de manera que la derivación a mediación se realiza atendiendo a las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima.

Se trata pues de comprender la institución de la mediación en el marco del principio de oportunidad, conceptuándola como un instrumento de dicho principio. Con ello, a nuestro modo de ver, se permite una adecuada conjugación de los principios de legalidad y oportunidad, tanto por razones de interés social ante la innecesariedad o falta de interés público en la persecución de determinados comportamientos, como para estimular la pronta reparación de la víctima, o para evitar efectos crimonógenos de penas de corta duración[42].

Creemos que es el principio de oportunidad reglada a través de sus distintos instrumentos, y entre ellos la justicia restaurativa y la mediación penal, el que, como afirma Conde Pumpido[43], responde a la idea de pacificación del proceso a través del consenso, con el tratamiento individualizado del hecho punible, tan-

---

41. Anteproyectos de Ley para un nuevo proceso penal, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

42. Armenta Deu, T., «La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal», *Revista del Poder Judicial*, número 58, 2000, p. 278; Armenta Deu, T., *Estudios de Justicia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 98.

43. Conde Pumpido Ferreiro, C., «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, número especial, Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, volumen VI, 1989, p. 24.

to desde el punto de vista del interés social en la persecución, como, en su caso, desde la perspectiva de la reparación a la víctima y la innecesariedad de la pena.

El Anteproyecto de 2011 respondía muy atinadamente al postulado, que hemos desarrollado en las páginas que anteceden, de la complementariedad, que no alternatividad, de los instrumentos de justicia restaurativa integrados en el proceso penal. Este punto de partida queda reflejado en la Exposición de Motivos (apartado XXVI), que habla de mediación penal descartando orientaciones cercanas a un «poder omnímodo de disposición» de las partes sobre las consecuencias de la infracción penal, y configurándola como un instrumento complementario y al servicio de la Administración de Justicia, enmarcado en el principio de oportunidad.

Además, el art. 150 regula la denominada suspensión del proceso bajo condición para delitos de prisión de hasta cinco años, que constituye una clara manifestación del principio de oportunidad reglada a instancia del Ministerio Fiscal, con sobreseimiento provisional bajo condición (entre ellas la reparación bien económica, o bien simbólica), y bajo plazo transcurrido el cual se decretará el sobreseimiento definitivo[44].

2. Por su parte, el Borrador de LECrim de 2013[45] se refiere en el apartado IV de su Exposición de Motivos, a un modelo de mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa que «*se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor*».

El Borrador parece así decantarse por una concepción de la mediación penal como instrumento de justicia restaurativa en el que la reparación es «*concebida como algo mucho más rico que la pura indemnización económica*».

En suma, un modelo de mediación penal como «*la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas le-*

---

44. Manifestación del principio de oportunidad inspirada en el & 153 de la StPO alemana y en los arts. 281 y 282 del CPP portugués con la institución de la suspensao provisória do proceso, concebida como un archivo condicional de la causa, ligado en su caso al consenso con la víctima en orden a la reparación del daño. Sobre esta última institución, DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Justicia criminal consensuada (algunos modelos del Derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 185 y ss.

45. Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

galmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, la suspensión de la condena, o la apreciación de alguna atenuante.)».

Unas breves reflexiones sobre estos perfiles de la mediación penal apuntados en el Borrador de 2013, nos permitirán concluir que desafortunadamente en poco se ajusta el articulado a las previsiones de la Exposición de Motivos.

Así, se desvincula aparentemente la mediación del principio de oportunidad y de los motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad previstos en su art. 91. Por tanto, y con carácter general, el acuerdo logrado en mediación, el acuerdo restaurativo, en sí mismo no justifica la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal para que sea acordado por el Tribunal de Garantías.

Con nula sistemática, y sin responder realmente a un modelo de justicia restaurativa insertado en el proceso, el Borrador de 2013 configura la mediación penal, como afirma Martin Diz[46], como un elemento paralelo y simultáneo al proceso, de manera que por ello no se prevén en la regulación plazos de suspensión de la causa como sí hacía acertadamente el Anteproyecto de 2011, ni se anudan al acuerdo efectos concretos ni procesales ni jurídico-penales, y ni tan siquiera, desde su parquedad (que no es que sea expresión de la flexibilidad del procedimiento a la que nos referíamos en páginas anteriores), no dispone normas de derivación ni mínimos procedimentales en orden a la garantía de la confidencialidad, ni previsiones como por ejemplo la relativa a los efectos del procedimiento de mediación sobre la prescripción del delito.

Mientras el Anteproyecto de 2011 se refiere a una mediación penal no sólo intraprocesal sino insertada en el proceso, el Borrador de Anteproyecto de 2013 configura un modelo intraprocesal pero desvinculado del proceso penal, sin concreción del ámbito objetivo y subjetivo, de los efectos del procedimiento mediador sobre la suspensión de la causa y los plazos de prescripción del delito, ni de los efectos del acuerdo sobre el proceso penal y sobre las consecuencias jurídico penales de la infracción. A ello se une, no sabemos si que como fruto de la improvisación o del desconocimiento, que el Borrador de 2013 realiza una improcedente remisión a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012), en temas de tal calado como la ejecución de los acuerdos y la garantía de la confidencialidad, que obviamente en cuanto referidos a una mediación penal plantean problemáticas y necesidades distintas de la de los conflictos en el ámbito del Derecho privado.

---

46. Martin Diz, F., «Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 765.

Sin embargo, repárese en otra circunstancia a nuestro modo de ver llamativa. Si bien es cierto que el art. 146 del Borrador claramente excluye los efectos concretos del acuerdo logrado en la mediación penal, remitiéndose a las consecuencias procesales que procedan (que no se alcanza a saber cuáles son), también hay que tener presente que el art. 145 y el art. 92 articulan un auténtico sistema de suspensión del proceso bajo condición. En tal sentido, el art. 145 permite que el Ministerio Fiscal, cuando tenga conocimiento de un proceso de mediación (lo cual se contradice por otro lado con el art. 144.2 que parece confiarle la iniciativa y la derivación), suspenda las Diligencias de investigación, imaginamos que durante un plazo por concretar y en su caso hasta el acuerdo o en su caso la imposibilidad o inviabilidad del mismo.

Y, el art. 92, prevé la denominada «*suspensión para el cumplimiento de prestaciones*» (en el mismo sentido que la suspensión del proceso bajo condición del art. 150 del Anteproyecto de 2011), de forma que para delitos leves o menos graves cabe la suspensión o sobreseimiento provisional de hasta dos años si el encausado acepta la realización de determinadas prestaciones con el fin de afrontar su responsabilidad civil, realizar trabajos en beneficio de la comunidad o someterse a tratamientos de adicciones.

Obsérvese, como veremos en las páginas siguientes, que la previsión del Borrador de 2013 se ajustaba a la proyectada y ahora ya vigente reforma del CP de 2015, en materia de delitos leves y menos graves.

Este Decreto de suspensión condicionada de la investigación por parte del Ministerio Fiscal, que perfectamente puede derivarse de un acuerdo de mediación intraprocesal (supuesto muy probable de mediación intraprocesal, aún sin acusación particular, ya que la propia suspensión requiere que no haya personación de la víctima en la causa), podrá desembocar en un sobreseimiento por razones de oportunidad de acuerdo con el art. 91.2 del Borrador, es decir, cuando la causa hubiese sido suspendida por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones por él aceptadas y finalmente dichas condiciones se hubiesen cumplido satisfactoriamente.

Por tanto, curiosamente, el sobreseimiento por acuerdo logrado en mediación se convierte en un motivo de sobreseimiento por razones de oportunidad (sobreseimiento provisional en principio, y definitivo tras el cumplimiento de condiciones) si se vincula exclusivamente a la reparación, y no a otros posible efectos restaurativos como lo hacía el Anteproyecto de 2011.

Se trata, a nuestro modo de ver, de una mala reproducción de las previsiones de los arts. 18 y 19 de la LORPM, que condicionan el desistimiento de la in-

coación o el sobreseimiento del expediente del menor a la conciliación o a la reparación, y no únicamente al acuerdo reparatorio.

Tanto el Anteproyecto de 2011 como el Borrador de 2013, optan por sistemas diferentes en orden a preestablecer el ámbito objetivo de la mediación penal, al modo de un catálogo de delitos mediables en función de la gravedad de la pena o bien abandonando tal criterio.

En cualquier caso consideramos que cualquier hecho delictivo es susceptible de mediación, independientemente de la duración de la pena asignada en el tipo penal, ya que la mediación y los métodos restaurativos, aun siendo instrumentos del principio de oportunidad, no implican necesariamente que en función de la gravedad de la pena la opción de política criminal sea la mediación o la persecución y enjuiciamiento. La gravedad de la pena o su duración no es el elemento determinante de la viabilidad de la mediación; es un criterio o dato más en orden a la misma, pero son la voluntariedad, el deseo de consenso bilateral y las condiciones de igualdad, los criterios o presupuestos para derivar una causa a mediación.

3. Por último, la reparación a la víctima se ha incluido en la LECrim como nuevo motivo de sobreseimiento por razones de oportunidad reglada. En efecto, los arts. 963 y 964 de la LECrim, en redacción dada por la DF 2ª.8 de la LO 1/2015, por la que se modifica el CP, y en el ámbito del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves (antes, juicio de faltas), se refiere al sobreseimiento a instancia del Ministerio Fiscal en delitos leves, cuando concurran, a nuestro entender acumulativamente, dos circunstancias:

a) Que se trate de delito leve de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, circunstancias y personalidad del autor.

b) Y, la carencia de interés público relevante en la persecución, que en el ámbito de los delitos patrimoniales se entenderá que concurre cuando no haya denuncia del perjudicado y se hayan reparado los daños.

Es de destacar que si bien la Ley 4/2015 sobre el estatuto de la víctima, no establece en ningún caso un listado de delitos o ámbito objetivo predeterminado de infracciones respecto de las que quepa la actuación de los servicios restaurativos[47] y la procedencia de la mediación penal, el sobreseimiento por razones de oportunidad basado en la carencia de interés público, y en su caso en una reparación al perjudicado (arts. 963 y 964 de la LECrim), que puede venir

47. Gómez Colomer, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima…*, *op. cit.*, pp. 342 a 345.

precedido de una mediación, se circunscribe a los delitos leves. De tal manera que para el resto de figuras delictivas, esta terminación anticipada mediante sobreseimiento y archivo quedaría descartada, sin perjuicio, claro está, de que puedan seguir utilizándose las medidas de diversión actuales derivadas de una mediación (conformidad, atenuante de reparación, etc.)[48].

Nos encontramos pues ante un sobreseimiento atendiendo a razones de oportunidad, previsto en términos muy parecidos a los del Borrador de LECrim de 2013 (arts. 91 a 93), un sobreseimiento en casos de escasa gravedad, sin que exista interés público relevante en la persecución atendidas todas las circunstancias, aunque, a diferencia del Borrador de 2013, sin que se incluyan fórmulas de condicionalidad o *probation,* por lo que estamos ante un supuesto de oportunidad pura y reglada[49].

5. Bibliografía

Armenta Deu, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Armenta Deu, T., «La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal»*, Revista del Poder Judicial*, número 58, 2000.

Armenta Deu, T., *Estudios de Justicia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

Barona Vilar, S.,«Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales», en Pardo Iranzo, V. (Dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Barona Vilar, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Barona Vilar, S., «Mediación penal como elemento restaurativo de las víctimas: ¿en todo caso y para todas las víctimas?», en De Hoyos Sancho, M. (Dir)*, Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Bonafé-Schmitt, J. P., «Justice réparatrice et médiation pénale: vers de nouveaux modéles de régulation sociale?», en Jaccoud, M., *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergentes ou divergentes?,* L'Harmattan, París, 2003.

Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 2001.

Carrasco Andrino, M. M., «La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en EEUU)», *Jueces para la democracia*, número 34, 1999.

48. González Cano, I., *La mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

49. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 504; De Hoyos Sancho, M., «Víctimas del delito y acción penal», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 90 y ss.

COLOMER HERNÁNDEZ, J. L., «Mediación penal y sustitución del acusador particular: hacia un nuevo paradigma en la posición de la víctima en el proceso penal», en GARCIANDIA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español,* Aranzadi, Pamplona, 2012.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, número especial: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, volumen VI, 1989.

CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid, 2014.

DAVIS, *et al.*, *Preliminary Study of Victim-Offender Mediation and reparation Schemes in England and Wales*, Home Office, Londres, 1987.

DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Justicia criminal consensuada (algunos modelos del Derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal),* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE HOYOS SANCHO, M., «Víctimas del delito y acción penal», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

GALAWAY, B., «The New Zealand Experience Implementing the Reparation Sentence», en MESSMER, H., OTTO, H. U. (Eds.), *Restorative Justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation —International Research Perspectives—*, Kluwer, Dordrecht/Boston/London, 1992.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria" (el penado como víctima del sistema legal)», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.° 15, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1993.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan,* Aranzadi, Pamplona, 2014.

GONZALEZ CANO, I. *et al*., «La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación», en VV.AA., *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Ministerio de Justicia (CEJ), Aranzadi, Pamplona, 2008.

GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en BARONA VILAR, S. (Dir.)*, La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ CANO, I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

LARRAURI PIJOAN, E., «Victimología», en VV.AA., *De los delitos y de las víctimas*, AdHoc, Buenos Aires, 2001.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007.

MARTIN DIZ, F., «Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal», en MORENO CATENA, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTINEZ ESCAMILLA, M., «La mediación penal en España: estado de la cuestión», en MARTINEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P. (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNANDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de trabajo 110/2007 del Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Madrid, 2007.

PEREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?,* Comares, Granada, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G., «La víctima y el Derecho Penal», en VV. AA., *Estudios de Victimologia. Actas del I Congreso español de victimologia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, De Palma editor, Buenos Aires, 2008.

TAMARIT SUMALLA, «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en VV. AA., *Estudios de Victimologia. Actas del I Congreso español de victimologia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TAMARIT SUMALLA, J. M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, justicia penal y justicia reparadora,* Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.

VARONA MARTINEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica,* Comares, Granada, 1998.

Justicia restaurativa, víctima y mediación penal: transposición de la Directiva 2012/29 UE y perspectivas de futuro

Teresa Armenta Deu
Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de Girona

1. Introducción: justicia restaurativa, víctima y mediación penal[1]

Un título de semejante amplitud anuncia ya sus limitaciones. Con esta aportación no se busca un análisis a fondo de la justicia restaurativa ni de la mediación. Se quiere más bien examinar críticamente los textos normativos señalados en la introducción para, de una parte, comprobar el más que adecuado desarrollo de las «guías normativas», contenidas en la Directiva Europea 2012/ 29 UE en los textos españoles, contrastándolos con las propuestas prelegislativas de 2011 y 2012, diferentes como los modelos procesales que sugieren. Y por otra parte, llegar a un juicio ponderativo sobre una materia que pudiendo ser útil en determinados ámbitos necesita una reflexión y sano juicio crítico para poder alcanzar, precisamente, los efectos deseados por sus partidarios sin arrumbar lo que sigue siendo y será el proceso penal como máxima garantía[2].

---

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: I+D «Seguridad jurídica y eficacia de la justicia (puntos críticos de las reformas procesales con la perspectiva añadido de derecho comparación)», referencia DER2013-42159-P; Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación de la Universidad de Girona «Seguridad jurídica y eficacia de la justicia (puntos críticos de las reformas procesales con la perspectiva del derecho comparado)», referencia MPCUdG2016/002, y siendo Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de la Generalidad de Cataluña: «Cuestiones actuales de derecho procesal», referencia 2017 SGR 618. Publicado en la *Revista Europea de Derecho Procesal*, número 44, febrero 2018.
La primitiva aproximación al tema fue defendida a través de ponencia en el Congreso-Memorial Profesor Serra Domínguez «El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal», celebrado los días 9 y 10 de noviembre de 2017 en Santiago de Compostela.

2. Resulta imprescindible a tales efectos ponderar hasta qué punto y en que ámbito objetivo de aplicación, resulta adecuado y hasta admisible que el acuerdo ínsito en la mediación conlleve la renuncia de derechos por parte de la

2. Elementos normativos

Este primer epígrafe pormenoriza los aspectos más relevantes de los cambios legislativos que en materia de justicia restaurativa y mediación penal se han dado en nuestro país en 2015, y que provienen a su vez, de reformas legales en el marco legal europeo en el año 2012.

1) Directiva Europea 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 donde se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.*
   La *Directiva Europea 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos,* sustituyendo la previa *Decisión marco 2001/220/JAI del* Consejo. En su primer artículo declara que su finalidad es garantizar que las víctimas de los delitos reciban información, apoyo, protección y puedan participar en procesos penales. Seguidamente y a lo largo de su articulado regula el capítulo 2 a los derechos de información y apoyo; el capítulo 3 al derecho a la participación en el proceso penal; y el capítulo 4 a la protección de las víctimas especialmente vulnerables[3].
   La mención a la justicia restaurativa y a la mediación la encontramos entre los fines del reconocimiento de derechos de la víctima donde se encuentra la satisfacción, y al objeto de alcanzar dicho fin, la Directiva contempla el acuerdo entre víctima y victimario a través de una mediación o de la utilización de algún otro servicio de justicia reparadora[4].
   La referencia y contenido del artículo 12 de la Directiva con ser un gran paso no obliga, ni siquiera recomienda acudir a tales servicios. Sin restar importancia alguna a la misma conviene leer en sus justos términos el contenido del art. 12.1, cuando señala: *que los Estados adoptarán* medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias; medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justifica restaurativa. Parece claro que lo que se está prescribiendo es que caso de facilitar servicios de justicia restaurativa, los Estados

---

víctima y del victimario, así como, un objetivo de aliviar la administración de justicia por encima de los intereses reparadores.

3. Sobre la víctima en la Directiva puede consultarse: Oromi Vall-Llovera, S., «Víctimas de Delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, 30, 2013. En cuanto a las víctimas especialmente vulnerables, en 2011 se publicó, bajo mi dirección y la del profesor Luparia, L., un *Código Buenas Prácticas para la protección de las víctimas especialmente vulnerables (Menores y víctimas de violencia de género) Normativa europea. España e Italia*, Colex, Madrid, 2011.

4. Art. 12 «Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora».

deben tomar determinadas medidas, no que deban facilitarse dichos servicios[5].

Al igual, que a reglón seguido impone —aquí sí— que las víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tenga acceso a los mismos cumpliendo unas «garantías mínimas», cifradas en los siguientes aspectos:

a) que recurrir a los servicios de justicia reparadora redunde en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y si se basa en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;
b) que ofrezcan a la víctima, antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
c) que previamente el infractor haya reconocido los elementos fácticos básicos del caso; y,
d) que se haya alcanzado todo acuerdo de forma voluntaria y pudiendo ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal.

Siendo así, e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

El apartado 2 del citado art. 12 de la Directiva se limita a indicar que los Estados facilitarán la derivación de casos*, si procede,* a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos y orientaciones sobre las condiciones de tal derivación (art. 12.2). Y en el Preámbulo se indica que la a la hora de remitir un asunto se deben tomar en consideraciones determinados factores[6] Así se corrobora de la lectura del Considerando (46) en que se refiere a «*servicios de justicia reparadora, incluidos por ejemplo, la mediación*», como elementos de gran ayuda para la víctima, pero frente a los que deben tomarse una serie de garantías que seguidamente se relacionan[7].

---

5. Sobre la necesidad de impulsar este tipo de justicia, no de implementar por mandato alguno, TAMARIT SUMALLA, J. M., «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis*, volumen 1, junio 2013, pp. 139-160. Una aproximación de interés a las medidas de desarrollo de la citada directiva en GARCÍA RODRIGUEZ, M. J., «Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el sistema de justicia penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2174, enero de 2015.

6. La naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima; los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima (Considerando 26).

7. Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasiona-

Estos son los términos, ciertamente alentadores en la medida en que se menciona expresamente los servicios de justicia restaurativa y se señalan unas mínimas garantías caso de ponerlas en marcha y de que exista voluntad, libre e informada de acudir a ella. No hay, empero, mandato más allá de los citados mínimos una vez cada Estado haya decidido legislar en uno u otro sentido[8]. Sí se constata que la Directiva 29/2012 va más allá de la Decisión Marco de 2001, su precedente, al referirse expresamente a la justicia restaurativa como práctica distinta a la mediación penal[9]. En definitiva, que si bien no adopta una actitud reticente deja un ámbito de autonomía de decisión a los Estados importante[10].

A partir de estas consideraciones, y como ya se adelanta en la Exposición de Motivos, el Estatuto de la Víctima del Delito incorporó un precepto dedicado a la mediación, remitiendo posteriormente su desarrollo al Real Decreto 1109/2015. Ambas normas serán objeto de los dos siguientes apartados.

2) Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

Pese a contar con un amplio número de disposiciones relativas a la víctima, el ordenamiento español requería de una adaptación de la Directiva, por la existencia, precisamente, de diversos estatutos de diversas clases de víctimas; por la necesidad de una cobertura de la justicia gratuita no adecuada a las posibilidades de participación de la víctima; por la también la necesidad de replantear el concepto de víctimas especialmente vulnerables; las medidas de protección y una muy limitada presencia de programas de justicia restaurativa, sin una regulación legal de sus efectos procesales[11].

---

do e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general.

8. TAMARIT SUMALLA, J. M., señala que frente a algunos que critican que se ha afrontado la justicia restaurativa desde una posición defensiva al poner el acento en la necesidad de proteger a las víctimas, la Directiva puede ser interpretada como una consecuencia de la consolidación de la justicia restaurativa como reconocida y normalizada. Y líneas más abajo reconoce que la Directiva no reconoce de modo explícito un derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa, «La reparación y el apoyo a las víctimas» en TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M. (Coords.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 313.

9. El Preámbulo en su Considerando 46 hace mención expresa también a las conferencias de grupo familiar y a los círculos de sentencia.

10. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reparación y el apoyo a las víctimas»... *op. cit.,* p. 314.

11. TAMARIT SUMALLA, J. M., «Los derechos de las víctimas»… *op. cit.*, p. 31.

El *Estatuto de la Víctima del delito* contempla, por primera vez de manera expresa, la posibilidad de recurrir a los servicios de justicia restaurativa en su art. 15: «*en los términos que reglamentariamente se determinen*». Concretamente, y bajo la significativa rúbrica de *Servicios de justicia restaurativa* se señala:

«*1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

a) que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) que el infractor haya prestado su consentimiento;

d) que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) que no esté prohibida por la ley para el delito cometido»[12].

El segundo párrafo de dicho precepto perfila las líneas básicas del *procedimiento de mediación* en los siguientes términos:

«*Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes*[13]*. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función*».

Finalmente, su tercer y último párrafo prescribe: «*La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento*»[14].

---

12. La exclusión se remite a la prohibición de mediación que figura en la LO 1/2004, de violencia de género. No se extiende, sin embargo, a las víctimas menores de edad, si bien la ejecución de prácticas restaurativas deberá considerar las necesidades especiales de éstos.

13. Esta prescripción, que también figura en el art. 12.1 a) de la Directiva 2012/29 UE, contempla en éste último precepto una posible excepción a la confidencialidad y falta de difusión posterior «*cuando lo acuerden las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior*».

14. Aspecto transpuesto directamente del art. 12.1.a) de la Directiva 2012/29 UE.

Como puede comprobarse fácilmente, la LEVD sigue fielmente los dictados de la Directiva 2012/29 UE, añadiendo determinadas particularidades conforme a la previsión que también figura en aquella. Esta se refiere a la posibilidad de que exista un tipo de delitos excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la mediación[15].

3) El Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula las *Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD).*

La referencia a la «posterior reglamentación» a la que remite el repetido art. 15 EVD, corresponde al Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y regula las *Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD)*.

El artículo 28 LEVID en sus dos apartados contempla funciones que constituyen el contenido mínimo de la *prestación asistencial* (28.1) y *otra clase de prestaciones* (28.2). Destacar que esta diferenciación no figura en la Directiva 2012/29, que se limita a requerir a los Estados que presten especial atención a las necesidades de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito (art. 9-2)[16].

El contenido del Real Decreto sigue, punto por punto, las diferentes prescripciones, que con carácter de «mínimas» recoge el art. 9 de la Directiva 2012/29, esto es: información y asesoramiento en idénticos términos a los previstos en el Real Decreto, apoyo emocional y asesoramiento de cuestiones financieras y de tipo práctico[17]. En esta dirección, el art. 19 contempla

---

15. Cuestión ciertamente discutida, como se pone de manifiesto en los siguientes trabajos: Guardiola Lago, M. J., «La justicia restaurativa en la violencia de género a debate: situación actual en España y reflexiones de política criminal», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014, pp. 313-337; Varela Gómez, B.J., «Mediación penal y violencia de género» en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004,…op. cit.*, pp. 392-417.

16. Una crítica al modo en que se ha plasmado este mandato la lleva a cabo: Tamarit Sumalla, J.M., «La reparación y el apoyo a las víctimas», …*op. cit.*, pp. 347 y 348.

17. Concretamente el art. 9 recoge los siguientes mínimos: a) información, asesoramiento y apoyo adecuados en relación con los derechos de las víctimas, también sobre cómo acceder a los sistemas nacionales de indemnización por los daños y perjuicios de índole penal, y su papel en el proceso penal, incluida la preparación para asistir al juicio; b) información sobre cualquier servicio pertinente de apoyo especializado o derivación directa al mismo; c) apoyo emocional y, cuando se disponga de él, psicológico; d) asesoramiento sobre cuestiones financieras y de tipo práctico resultantes del delito; e) salvo que sea proporcionado por otros servicios públicos o privados, asesoramiento sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias. 2. Los Estados miembros animarán a los servicios de apoyo a las víctimas a que presten especial atención a las necesidades específicas de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito. Salvo que sean proporcionados por otros servicios públicos o privados, los servicios de apoyo especializados a que se refiere el artículo 8, apartado 3, desarrollarán y proporcionarán como mínimo: a) refugios o cualquier otro tipo de alojamiento provisional para las víctimas que necesiten de un lugar seguro debido a un riesgo inminente de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias; b) apoyo específico e integrado a las víctimas con necesidades especiales, como las víctimas de violencia sexual, las víctimas de violencia de género y las víctimas de violencia en las relaciones personales, incluidos el apoyo para la superación del trauma y el asesoramiento. Un desarrollo de los mismos por: Oromi Vall-Llovera, S., «Víctimas de delitos en la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2012/29 UE»; y Subijana Zunzunegui, I.J., Porres García, I., y Sánchez Recio, M., «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito», *Revista de Victimología*, última consulta, 27-1-2017.

en sus apartados 1 a 9 las funciones de información, asesoramiento, apoyo emocional y asistencia terapéutica, en su caso; evaluación y asesoramiento; y acompañamiento a lo largo del proceso, si lo necesita.

Y, a tenor de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 9 de la repetida Directiva 2012/29, donde se insta a tener especial atención a las necesidades específicas de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito, el art. 11 de Real Decreto contempla la valoración de estas víctimas y medidas especiales de apoyo, así como la derivación a servicios de apoyo especializados[18].

El capítulo VII del citado RD, bajo el titulo *Otras actuaciones de las oficinas* (Artículo 37) contemplan las citadas f*unciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa* en los siguientes términos: a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa; b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima; y c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

Nótese que el legislador reproduce directamente el contenido del art. 9-1 de la Directiva, comprendiendo actuaciones de primera intervención relativas a información y asesoramiento. Concretamente: Información general sobre los derechos de la víctimas y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización[19]; información sobre servicios especializados de asistencia a la víctima según sus circunstancias personales y la naturaleza del delito; apoyo emocional en caso de víctimas que requieren especial atención; asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, singularmente con el modo de reclamar indemnización de daños y perjuicios sufridos y el acceso a la justicia gratuita; asesoramiento sobre el riesgo y forma de prevenir la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias. A ellas se añaden funciones de carácter distinto, cuales son, la coordinación de los órganos, instituciones y entidades competentes para la prestación de apoyo a la víctima y de coordinación con Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal para igual cometido de apoyo (art. 34 y ss. Real Decreto)[20].

Finalmente, si bien la Ley 4/2015 no partía de la idea de que las oficinas de asistencia a las víctimas debieran tener funciones directamente relacionadas con la aplicación de programas de justicia restaurativa, el Real Decreto

18. Derivación, que como se ha indicado previamente, no debe ser automática sino valorar las circunstancias referidas en el Preámbulo de la Directiva (46). Resulta ilustrativa al respecto el «Informe del Consejo Fiscal sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y se implementan otras medidas en desarrollo del Estatuto Jurídico de la víctima del delito».

19. Se incluirán aquí la información sobre indemnizaciones públicas previstas en la Ley 35/1995, además de otros derechos previstos en la legislación sobre terrorismo, violencia de género u otras de carácter autonómico.

20. Medidas desarrolladas en el artículo 34 y ss. bajo el ilustrativo título: «Actuaciones de las oficinas en materia de coordinación».

1109/2015, concreta el mandato más general contenido en el artículo 29 LEVID, señalando en el apartado apartado VII de su Exposición de Motivos que: «*Entre las funciones de las Oficinas de Asistencia a la víctima se recogen también aquellas relativas a las medidas de justicia restaurativa, como parte de la necesaria asistencia a las víctimas*»[21]. En esa dirección: «*Las Oficinas informarán a la víctima sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, propondrán al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, y realizarán actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial*».

Tales consideraciones se concretan en la «fase de información» en el art. 27 apartado k) cuando informa sobre los «*servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente disponible*» y en la «fase de información» cuando efectúan lo propio «*sobre la posibilidad de acceder a justicia restaurativa y, en su caso, sobre la aplicación de las medidas de esta naturaleza que puedan adoptarse*» (art. 28 apartado f); y en el art. 37 R.D., bajo el título «Funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa», donde se señala que: «*las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán realizar las siguientes actuaciones de justicia restaurativa: a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa. b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima. y c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial*».

Conectando las tres normas expuestas se completa el marco normativo. A partir del mismo y para dar contenido real a las «líneas guía» que conforman la citada normativa, ofreciendo paralelamente sustrato cognitivo suficiente, conviene repasar siquiera sea sucintamente, en primer lugar, qué es la justicia restaurativa y en segundo lugar, la mediación en al ámbito penal y procesal penal y su alcance en nuestro país. Se trata de una mera aproximación a ambas realidades, cuyo análisis en profundidad excedería claramente el objetivo de este trabajo al constituir una propuesta de largo recorrido y enorme complejidad, social y jurídica.

---

21. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas se constituyen como unidades dependientes del Ministerio de Justicia o, en su caso, de las comunidades autónomas con competencias asumidas sobre la materia, que analizan las necesidades asistenciales y de protección de las víctimas, y que estarán integradas por personal al servicio de la Administración de Justicia, psicólogos o cualquier técnico que se considere necesario para la prestación del servicio. Con ello se fija un marco asistencial mínimo para la prestación de un servicio público en condiciones de igualdad en todo el Estado, y para la garantía y protección de los derechos de las víctimas, sin perjuicio de las especialidades organizativas de las Oficinas según la normativa estatal o autonómica que les resulte de aplicación.

3. La justicia restaurativa: breve aproximación

Sin ánimo exhaustivo, pero prestando una atención suficiente a un fenómeno objeto de atención creciente, la justicia restaurativa constituye un auténtico cambio de paradigma anclado en la idea del fracaso del modelo actual y en la necesidad imperiosa de acudir a una alternativa que dé un giro de ciento ochenta grados a la relación entre la víctima y el Estado; una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre la función del sistema penal y los modos de afrontar las situaciones creadas por el delito[22].

Esta perspectiva permite observar la revisión de las funciones jurídicas que debe producir la reparación del perjuicio ocasionado por el delito: desde una naturaleza civil de la reparación a una naturaleza penal de la reparación del perjuicio; desde la percepción de que la comisión de un hecho delictivo por una persona declarada culpable nos dice que es posible aplicarle una pena pero no que sea imprescindible necesario e útil hacerlo. Desde el punto de vista, finalmente, de que el problema del delito y de la respuesta o reacción antes sus consecuencias no puede ser monopolio del Estado[23].

La justicia restaurativa surge históricamente como reacción al olvido de la víctima pero ha ido más allá de la atención a ésta última, más allá incluso del perfeccionamiento del sistema penal. Conforma en realidad una filosofía penal en el seno de un movimiento social amplio que propugna un modelo diferente de justicia, «alternativo a la justicia retributiva»[24].

El delito, centrado desde este punto de vista en constituir un conflicto entre víctima y delincuente busca soluciones en el ámbito interpersonal al que según

---

22. En el plano nacional, resulta de interés las obras de TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 y ss.; MARTINEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P., «Una mirada hacia la justicia restaurativa. Recuperando el derecho perdido», *Criminología y Justicia*, número 4 y CASTILLEJO MANZANARES, R., «Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas» (original facilitado por la autora) de próxima publicación. En el internacional, mucho más prolijo, ADAMS, S., «Restorative Justice, Responsive Regulation, and Democratic Government», J*ournal of Sociology and Social Welfare*, March, 2004, volumen XXXI, número 1; BERND-DIETER MEIER, «Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?», *European Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, volumen 6/2, 1998; JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D., «The meaning of restorative justice», en JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. (Eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Willam Publishing, Londres, 2006. El término originariamente acuñado por el psicólogo americano Albert EGLASH, la incluye junto a la justicia retributiva y distributiva, como aquella que realmente atiende a la restauración del daño causado a la víctima. Una línea de pensamiento posterior desarrolla esta idea proponiendo la introducción de fórmulas alternativas, BRAITHWAITE, J, «Restorative Justice», en TONRY, M. (Ed.), *The Handbook of Crime and Punishment, Oxford University Press*, New York, 1998.

23. QUINTERO OLIVARES, G., «El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 2014, p. 146.

24. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», …*op. cit.*, p. 6.

sus partidarios, pertenece, esto es, a través de la conciliación, la mediación y los trabajos en beneficio de la comunidad. Sin una posición teleológica unánime, cabe afirmar que entre los propios defensores de la justicia restaurativa existen posiciones diferentes, aunque todas parten de la necesidad del *diálogo restaurativo y la reparación, así como del empoderamiento;* de dar fuerza a un individuo o grupo social desfavorecido a efectos de restaurar y reparar[25].

No es posible entrar aquí en toda la extensión de ésta filosofía que comporta tal cambio de paradigma, en general, y en la justicia restaurativa en particular. Si puede resultar ilustrativo destacar, que a partir de diferentes propuestas de autores como ZEHR o LERNER[26], la adopción de la justicia restaurativa predica que debe abandonarse una excesiva referencia al conflicto y su solución como parámetro de la solución penal y procesal penal, ya que existen otros supuestos caracterizados por la agresión unilateral en que la idea de conflicto no permite captar la esencia del problema y la necesidad de respuesta.

Desde tal punto de vista, lo que debe gestionar la sociedad no es meramente un conflicto sino una demanda de justicia, y para restaurar la confianza y la creencia en la justicia, el Estado puede adoptar una respuesta centrada en la declaración de responsabilidad sobre lo sucedido, como ha resultado tradicional, pero también cabe establecer y favorecer mecanismos a través de una respuesta constructiva, orientada a la responsabilización y a la reparación, y que tanto víctima como infractor y personas directamente afectadas puedan percibir como justa[27].

Sus partidarios destacan las ventajas de la justicia restaurativa apelando a las siguientes notas: a) protagonismo y «empoderamiento» de las personas involucradas en el conflicto; b) voluntariedad; c) centralidad de la víctima; d) reconocimiento del papel de la comunidad; e) apertura a nuevas prácticas restaurativas; f) importancia de la dimensión emocional y comunicativa del proceso; g) no exclusión de ningún delito; h) atención a la evaluación empírica de los programas e, i) complementariedad y autonomía en relación con el sistema de justicia penal[28].

---

25. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», …*op. cit.*, p. 15.

26. LERNER, M. J., *The Belief in a Just World. A fundamental desilusion*, Springer 9-12. New York/London, 1980. ZHER, citado por TAMARIT SUMALLA, J. M., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», …*op. cit.*, p. 6.

27. TAMARIT SUMALLA, J. M., «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis*, volumen 1, junio 2013, pp. 139-160.

28. *Op. cit*. nota anterior, p. 143.

No cabe profundizar en la complejidad de todas y cada una de estas notas cuando se proyectan sobre la vasta realidad penal, circunstancia que no impide, sin embargo, que a día de hoy se hayan abandonado las tesis idealistas que veían en la justicia restaurativa la oportunidad de crear un modelo de justicia que sustituyera al actual, lo que no significa que haya perdido toda su fuerza o que no siga tendiendo firmes defensores. Quizás al contrario. El renacer de la justicia restaurativa se ve alentado por la convergencia del empuje de sus partidarios con las dificultades del Estado y de la Administración de Justicia, entendiendo dicho término en su sentido literal, o lo que es igual, en su faceta de un servicio del Estado del que debe responder atendiendo preferentemente a criterios económicos de celeridad y eficacia[29].

Frente a estas notas, la justicia restaurativa no resulta un tema exento de controversia. El cambio radical que comporta lo hace inevitable. Pero no es esta la principal objeción que le oponen sus detractores. Sin ánimo exhaustivo pero para completar una visión general puede señalarse: en primer lugar, las dificultades que se denuncian desde las filas de sus mismos partidarios; concretamente: a) el rol del facilitador y particularmente su profesionalidad; b) la forma de articulación con la justicia penal y los efectos procesales o en la ejecución de la pena; c) el modelo restaurativo, en el que puede primar la idea de encuentro, el resultado reparador o el ideal de transformación; d) el papel que puede desempeñar la idea de reconciliación; y e) los efectos reales del proceso sobre sus protagonistas[30].

A ellas se unen otras, defendidas por autores que se acercan a la justicia restaurativa con ánimo más crítico, destacando: a) la falta de prevención general o especial y consecuentemente de seguridad jurídica; b) la imposible aplicación de la proporcionalidad; situándose al margen de la tutela judicial efectiva, más aún cuando deja fuera a los jueces, sustituidos por mediadores o personal especializado; hablando incluso, c) de acarrear la privatización de la justicia penal y promover la discriminación favoreciendo a aquellos que gozan de una mejor posición económica en orden a procurar la reparación, así como la enorme dependencia que tendrá según se trate de una u otra víctima; en definitiva, la creación de un modelo de doble vía, al excluirse respecto de los delitos graves y de las personas jurídicas[31].

---

29. Sobre esta tendencia: Armenta Deu, T., «Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajurisdiccionales», en Armenta Deu, T., *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 408-409.

30. Cuadrado Salinas, C., «La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal», *Revista Electrónica de ciencia penal y cirminologia*, RECPC 17-1, 2015.

31. Quintero Olivares, Q., «El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de

Finalmente, se recuerda que la función del proceso penal es irrenunciable y más aún mediante modelos que atenderían a casos e individuos concretos, quebrando la igualdad ante la ley. Algo que ya preveían sus defensores al concebirla, no como una alternativa «para todos los casos» sino para algunos singulares, en los que además resulta imprescindible el acuerdo de la víctima, lo que impide de hecho su previa determinación, estando incluso prohibida en determinados supuestos[32].

Se había objetado además la falta de previsión legal alguna, ni en el Código Penal, ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, más allá del perdón del ofendido y de la reparación del daño contemplada como atenuante. Esta circunstancia ha variado en nuestro país a partir de la regulación de la justicia de menores seguida de la LEVD en los términos citados previamente.

4. Mediación penal

La mediación penal se encuadra en los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, configurándose como alternativo o complementario a la vía judicial[33]. Ahora bien, aunque el carácter alternativo podría ser defendido en el ámbito del proceso civil, en la medida en que la disponibilidad sobre el derecho y la pretensión pueden conducir a que la voluntad de las partes excluya la intervención de la jurisdicción, si bien todo sea dicho, siempre de manera incompleta[34]; no cabe negar que en el ámbito del proceso penal resulta más plausible su carácter complementario.

Otro punto de vista sitúa la mediación entre los casos de aplicación del principio de oportunidad, atendiendo a un concepto ciertamente amplio de dicho principio[35].

Compostela, pp. 146-165 y Álvarez García, F.J., «La mediación penal», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit.*, pp. 216-239.

32. Art. 44 Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Manzanares Samaniego, J. L., «La mediación en España», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit.*, pp. 202-214. Discute esta exclusión Guardiola Lago, M. J., «La justicia restaurativa en la violencia de género a debate: situación actual en España y reflexiones de política criminal», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, *op. cit.*, pp. 314-336.

33. Barona Vilar, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 237 y ss.

34. Son muchas las cuestiones en las que se precisa la intervención del órgano jurisdiccional: Bonet Navarro, A. (Dir.), *Proceso civil y mediación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

35. Armenta Deu, T., «Principio de legalidad vs. Principio de oportunidad: una ponderación necesaria» en Picó Junoy, J. (Dir.), *Principios y Garantías Procesales. Liber Amicorum en homenaje a la Prof. Victoria Berzosa*, Bosch, Barcelona,

4.1. Breve referencia a los antecedentes

Como se ha señalado antes, se apela a la mediación ante la percepción del fracaso o cuando menos de la insuficiencia de las concepciones retributivas del derecho penal liberal y del Estado intervencionista, que concebía en el derecho penal una función protectora de la sociedad ante los delitos como daños infringidos a la misma[36].

Con el paso del tiempo y la aparición del Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho penal asegura la protección incorporando una función preventiva al cumplir con los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Se trata de la conocida prevención general cuyo origen se atribuye a FEURBACH (*la ejecución de la pena tiene lugar para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza)*. Posteriormente, la prevención especial se configura y desarrolla a partir de las tesis de VON LISZT (*solo la pena necesaria es la justa)*. La primera prima en el Estado liberal como garantía de igualdad. La prevención especial positiva se abre paso durante la década final del siglo XX alentada por los escasos efectos del fin resocializador y orientada a consolidar la conciencia social de la pena a través de la imposición de la misma[37].

En la década de los cuarenta del siglo XX surge la victimología centrada en sus elementos sociológicos y psicológicos. El análisis de esta corriente —en un apretadísimo resumen— se centra en la información acerca de las víctimas; la posición de la víctima en el proceso; y la asistencia social y económica de las víctimas[38].El movimiento generó una enorme atención hacia la misma pero casi paralelamente una victomofilia, reprochándole detentar esencialmente deseos de venganza e incorporándola a la teoría del delito y a la política criminal en condiciones de igualdad con temas como la incriminación, las reacciones, transgresiones, etc.; llegando a utilizarla incluso como excusa para un endurecimiento de la persecución penal[39].

2013, pp. 441-456. Accesible también en: www.academia.edu/21698120/Principio_de_legalidad_vs_principio_de_oportunidad_una_ponderación_necesaria_1. De la misma autora, «Principio de oportunidad vs principio de legalidad ¿Una esperanza para la mediación en el proceso penal», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit*., pp. 270-283.

36. En el primer sentido, las teorías de BECCARIA (De los delitos y las penas); KANT (Principios metafísicos de la doctrina del derecho o HEGEL (Principios de la filosofía del derecho). Una explicación conjunta en BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 27-32.

37. MIR PUIG, S., *Derecho Penal y ciencias sociales*, Bellaterra, 1982, p. 137. MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», *Doctrina penal*, 1979, p. 639.

38. LARRAURI PIJOAN, E.,»Victimología», en VV.AA., *De los delitos y de las víctimas*, AdHoc, Buenos Aires, 2001, pp. 285-286

39. ARMENTA DEU, T., «La víctima como excusa: diversas posiciones en torno a su figura y tratamiento en los sistemas procesales», *op. cit.*, pp. 207-224.

No ha sido hasta el retorno en determinados países de la justicia restaurativa cuando la mediación ha encontrado un fundamento penal claramente conectado al papel de la víctima en el derecho penal[40].

En la década de los ochenta se pone de relieve el citado interés a través de distintos textos supranacionales que han incidido paulatinamente en nuestra doctrina y ordenamiento interno. Desde la *Carta de Derechos Humanos*, de 26 de junio de 1945, cuyo art. 34 enumera la negociación y la mediación entre los instrumentos para la resolución de controversias; la *Convención sobre la lucha contra la tortura y otros tratos degradantes*, de 10 diciembre de 1984, en cuyo art. 14 dispone *que todo Estado velará porque su legislación garantice a la víctima… la reparación y el Derecho a una indemnización justa»;* o la *Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para la víctima del crimen y abuso de poder*, cuyos arts. 4,5,6 y 7 señalan expresamente a la reparación y más en concreto a la mediación como mecanismo oficioso para la solución de controversias. A partir de ahí, el Consejo de Europa dictó la *Resolución (77) 27, sobre indemnización de las víctimas del delito*, antecesora del *Convenio europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos*, el 24 de noviembre de 1983. Y posteriormente, la *Recomendación núm. (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del procedimiento penal,* de 28 de junio de 1985, seguida de la también *Recomendación n. (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización*, de 17 de septiembre de 1987.

Es la *Recomendación n. R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación penal*, la que, junto a *la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001,* relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, constituye los antecedentes directos de la Directiva Europea 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* y que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la *Ley 4/2015, de 27 de abril, de Estatuto de la víctima del delito*, como hemos tenido ocasión de comprobar.

4.2. La situación en España

En nuestro país, el art. 25 CE y a partir de ahí el Código Penal, en sus diversas reformas, así como la Ley General Penitenciaria y las suyas, no puede obviar la

40. De otros nunca ha desaparecido, Japón, Nueva Zelanda, Canadá o Australia, así como determinadas comunidades de los Estados Unidos siempre han contemplado la mediación como la primera alternativa —junto a la conciliación— para resolver los conflictos.

reeducación como uno de los elementos teleológicos de las penas y sanciones. Desde esta perspectiva y mandato se ha ido abriendo paso la conocida como «teoría ecléctica» que intenta equilibrar los diferentes fines de la pena, entre la defensa de la sociedad y de los intereses del sujeto; y aun así, admitiendo de antemano que no todo el derecho penal puede reconducirse a la función preventivo-especial[41]. En este contexto, y partir del «redescubrimiento» de la víctima en los años setenta del pasado siglo, se reivindica la posición de ésta en una configuración de la víctima, como dueña del conflicto, posición que históricamente le había sido arrebatada[42]. A partir de ahí, su andadura en el proceso penal en España es corta, vacilante y no exenta de interrogantes. La primera incorporación tuvo lugar en el ámbito de la justicia de menores (LO 5/2000, de responsabilidad del menor) previendo la posibilidad de acordar el sobreseimiento del expediente en caso de conciliación entre menor infractor y la víctima o la reparación (art. 19). Examinémosla brevemente.

A) Proceso de menores

Sintetizando diversos trabajos y experiencia sobre la LO 5/2000, de 12 de enero, que regula la Responsabilidad de Menores, ésta presenta las siguientes *notas esenciales*: a) la mediación precisa la existencia de un proceso (expediente) penal en marcha, en fase de investigación; b) la consecución de un acuerdo acarrea que se dicte un auto de sobreseimiento y/o archivo de las actuaciones, aunque el proceso continuará si el menor deja de cumplir con la reparación o actividad educativa acordada; c) es determinante la intervención del Equipo Técnico, compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales; d) la iniciativa corresponde al MF, quien solicita del ET un informe acerca de la solución adecuada; e) la iniciativa de mediación será trasladada al menor y sus representantes legales, quienes deben demostrar disposición al diálogo; y f) aceptada la mediación se da traslado a la víctima quien debe manifestar su acuerdo libremente y de manera suficientemente informada. El acuerdo sustituye las medidas acordadas[43].

---

41. PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, p. 238.

42. BARONA VILAR, S., *La mediación...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

43. SANZ HERMIDA, Á. Mª., «La mediación en la justicia de menores», en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 155-175. ARMENTA DEU, T., «La mediación penal y la víctima menor de edad» en ARMENTA DEU, T., *Código de Buenas Prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables (Menores y víctimas de violencia de género)*, Colex, Madrid, 2011, pp. 135-148.

B) Incorporación de la reparación/mediación en diferentes textos normativos

Actualmente, en el seno de las reformas recientes del sistema penal de adultos se contempla la reparación del daño en el art. 21.5 CP como vía legal mediante la cual los jueces otorgan relevancia a un *acuerdo extrajudicial de mediación*. Y, paralelamente, el cumplimiento de compromisos de mediación puede ser tenido en cuenta también para la *sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad*[44]*. Al igual que en la última modificación del CP se ha incrementado el recurso a la justicia reparadora al hilo del «cumplimiento de la responsabilidad civil* como condición para la *suspensión de la ejecución condicional de la pena de prisión (*art. 83*)* y asimismo como *elemento valorativo en el correspondiente informe de pronóstico necesario del juez de vigilancia penitenciaria y la administración penitenciarias a efectos de obtener la libertad condicional (art. 75,2 LOGP*)». También, en el art. 84 CP, por su parte, se contempla condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (apartado 1.1ª), revocable en caso de incumplir los términos del acuerdo (art. 86.1. c) CP). Con todo, aunque tímida para algunos, la implementación más decidida hasta la fecha, y desde luego la que más se adecua, a los predicamentos de la mediación en el marco de la justicia restaurativa es el art. 15 del EVD sobre el que nos extenderemos después[45].

4.3. Los principios de la mediación penal

Para contrastar la regulación contenida en el art. 15 EVD y el art. 12 de la Directiva 2012/29 procede examinar siquiera sucintamente la concurrencia de los principios que deben informar una mediación penal a efectos de colmar las posibles lagunas que existan en tales textos o para guiar en todo caso una interpretación correcta de su tenor literal.

---

44. El art. 88 prevé como criterio el esfuerzo por reparar el daño causado.

45. Aunque no sean directamente casos de mediación o reparación, sí que representan un avance en cuanto a la incorporación de la víctima la normativa de la Ley General Penitenciaria Art. 13, Ley 4/15 LGP, que permita a la víctima recurrir el auto del JVP autorizando el tercer grado, aunque no haya sido parte (delito de homicidio, lesiones, robo con violencia o intimidación, aborto (art. 144), contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, libertad e indemnidad sexual, terrorismo o trata de seres humanos). También puede recurrir al auto del JVP que otorga beneficios penitenciarios, permisos salidas, clasificación tercer grado, cómputo para la libertad condicional (78.3 CP); o asimismo, recurrir el auto de libertad condicional (delitos del art. 36.2: superiores a 5 años, terrorismo, grupo organizado, libertad sexual, menores, prostitución o algunos de los citados en el primer apartado. Este tratamiento enfrenta el conflicto entre los derechos de la víctima y del penado y las medidas contempladas para éste (tercer grado, beneficios penitenciarios, libertad condicional) todas orientadas a la reinserción.

Se trata de los principios de: libertad o voluntariedad de las partes; complementariedad; proporcionalidad procesal y penal; confidencialidad; gratuidad; oficialidad; flexibilidad; dualidad de posiciones, igualdad y contradicción[46].

a) La *libertad para acudir a la mediación* y la absoluta voluntad son elementos imprescindibles de un método, que de no existir, no podría complementar el derecho de acceso a la jurisdicción. Ello implica, naturalmente, la voluntad de permitir que un tercero intente que lleguen a un acuerdo y por supuesto la debida información sobre el procedimiento, los logros y renuncias que comporta documentado debidamente. El documento en que conste la información y su firma no implica ni el reconocimiento de los hechos, ni la renuncia al acceso al proceso si la mediación no llega a buen fin.
   La *complementariedad*, supone el reconocimiento de la insuficiencia de la mediación para la consecución de la restauración buscada. La indudable incidencia de la mediación en el proceso, suspendiéndolo o incluso transformando el contenido de la condena, no niega la necesidad del control jurisdiccional al inicio y final del procedimiento, así como en su fase de ejecución.
b) La *proporcionalidad procesal y penal* deben informar el acuerdo para que la reparación acordada o la reducción de pena, en su caso, cumplan tales principios de forma paralela a como lo hacen en el proceso y el derecho penal (menor injerencia posible; subsidiariedad o *ultima ratio*; juicio de ponderación entre la gravedad y el fin de la pena o del acuerdo alcanzado).
c) La *confidencialidad*: principio esencial para la mediación, supone que tras la información, el mediador hará firmar un acta de confidencialidad a todos los participantes con vistas tanto al acuerdo como a que este no se alcance y no derive consecuencia negativa alguna de su intento. Coherentemente, el mediador o cualquiera del equipo no podrá ser llamado nunca al eventual proceso en calidad de testigo o perito y queda exento del deber de denunciar.
d) La *gratuidad* resulta inherente al carácter público del derecho penal.
e) *La oficialidad*, una cuestión no tan indiscutible, equivaldría a que fuera el MF, el juez o la policía quien seleccionara los casos susceptibles de mediación y enviara a las partes, como sucede en Francia, o como parece inferirse de la experiencia piloto catalana; sin perjuicio, obviamente, de que estas manifiesten libremente su voluntad o no al respecto.
f) *La flexibilidad* es otra de las notas sustanciales y uno de las características que parecen dar ventaja a la mediación sobre la justicia ordinaria, siempre, eso sí, que la mediación alcance el acuerdo. Flexibilidad significa carácter poco formal pero no falta de reglas, menos aun cuando se refieren a los plazos, a la suspensión de la prescripción y del proceso penal u otros as-

46. BARONA VILAR, S., *La Mediación…*, *op. cit.*, pp. 266-285, cuya clasificación seguimos.

pectos que configuran garantías. Este es, de hecho, uno de los principios cuya aplicación se complica a la búsqueda de un equilibrio entre tales garantías y la burocratización que pudieran comportar. Al margen de que determinados aspectos como la capacitación de los mediadores deben estar absolutamente reglados.

g) *Bilateralidad y contradicción*: se precisan de dos intereses opuestos y de dos voluntades concurrentes, una para participar, reconocer y reparar y otra para participar y estar de acuerdo en el objeto de la reparación o incluso en su renuncia. La contradicción asegura que ambas sean escuchadas y atendidas y que a cada manifestación de una corresponda la de la otra. Ambas deben ser objeto de control jurisdiccional.

4.4. Tipología de casos derivables a mediación o ámbito objetivo de la misma

Este tema ha sido objeto de dos posiciones claramente opuestas. La primera defiende que delimitar el campo de aplicación resulta contraproducente tanto por restringir el paso a tipos a los que hubiera resultado beneficioso y porque además supone una discriminación y freno a la aceptación de la mediación. A ello se une quien defiende su bondad en determinado tipo de delitos: delito de lesiones; delitos contra la libertad (amenazas, coacciones); delitos contra el honor (injurias, calumnias); delitos contra los derechos y deberes familiares; delitos contra la salud pública o la comunidad[47].

La segunda, en el lado opuesto, comprende a quienes alegan el carácter limitado que los propios defensores reconocen, en cuanto no constituir un método alternativo omnicomprensivo, para todos los casos; así como las dudas respecto a determinados tipos penales más específicos y discutidos, cuales son: a) la violencia de género, b) los tipos penales sin concreción del daño; c) los delitos sin víctima; d) los supuestos de reincidencia; los delitos violentos; d) los delitos en que el acusado esté en situación irregular en España; e) el delito continuado; f) cuando una de las partes no está en pleno uso de sus facultades; o g) cuando hay varias víctimas o acusadas y sólo participa en la mediación una.

Se adopte o defienda una u otra, debe dilucidarse además, quien es el sujeto que puede excluir su aplicación en el caso en cuestión: ¿la Ley? ¿La Oficina o los mediadores? ¿La víctima?[48]

---

47. González Cano, I, «La mediación penal en España» en Barona Vilar, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 303-304, Accesible en: www.tirant.com/editorial/libro/la-mediacion-penal-para-adultos-silvia-barona-vilar-9788498766721#sthash.rH28bXWu.dpuf.

48. A este respecto y otras cuestiones conexas resulta útil consultar las siguientes obras y autores: Martin Diz, F., «Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades» en De Hoyos Sancho, M. (Dir.),

4.5. Fases procesales en que se desarrolla la mediación y efectos

Según sus defensores la mediación penal podría tener lugar, antes de iniciarse propiamente el proceso; durante su transcurso, por remisión; y en la fase ejecución de sentencia. Cada una de ellas debiera resultar prevista en la norma correspondiente (Ley de Enjuiciamiento Criminal o Ley General Penitenciaria). Ocurre, que siendo imprescindible la intervención jurisdiccional, la modalidad preprocesal presenta algunas dificultades ya que, en cuanto variante del principio de oportunidad en virtud del cual, a iniciativa de la víctima, del juez o del MF, y en los casos previstos legalmente, se acordara remitir la cuestión al servicio de mediación, requeriría la citada previsión normativa.

5. La mediación en la Directiva 2012/29 UE, el Estatuto de la víctima del delito y el RD 1109/2015

A partir del hecho constatado de la ausencia de un mandato en la Directiva 2012/29 UE para que se instaure la mediación en el marco del sistema penal o se utilicen algún servicio de justicia reparadora, el ya mencionado art. 15 del EVD incorpora la mediación ciñéndose a las vagas reglas generales del art. 12 de la *Directiva Europea 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012,* que fijan *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*.

De su lectura se constata la orientación de la mediación a la reparación material y moral de la víctima, debiendo contar en todo caso con su consentimiento libre e informado y el previo reconocimiento de los hechos por parte del infractor. En tanto, se excluye cuando ésta pueda conllevar un riesgo para la seguridad de la víctima, exista peligro de poder originarle un perjuicio o esté prohibida por la ley para el delito cometido. Este último es el caso de las infracciones penales relacionadas con la violencia de género (art. 87 ter, 5 LOPJ) o en los delitos de menores, salvo que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o delito leve (art. 19.1 LO 5/2000, de 12 de enero, LORPM). Se dispone, asimismo, la confidencialidad de los debates y la prohibición expresa

---

Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 503-525; Revilla González, J. A., «La mediación penal», en Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M. (Coords.), *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 301-317; Barona Vilar, S., *Mediación penal: fundamentos, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 226-229. Sáez Rodriguez, M. C., «Marco general de la mediación en supuestos de violencia de género», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit.*, pp. 371-388; y Zafra Espinosa de los Monteros, R., «Es posible la mediación en casos de violencia familiar?», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit.*, pp, 340-365.

de su difusión sin el consentimiento de las partes, imponiendo el secreto profesional a los mediadores y a la OAV.

El art. 15 EVD no prescribe, sin embargo, las consecuencias del acuerdo de mediación, de alcanzarse, ni por remisión a Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación, con las acomodaciones necesarias, ni adoptando las experimentadas en las diversas experiencias pilotos a las que haré inmediata referencia.

Ante dicha laguna se ha propuesta una interpretación «analógica» con lo dispuesto en el Anteproyecto de Código Procesal Penal, que finalmente no vio la luz, en el sentido de que el MF —cuando tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto— (art. 145)[49]. O las que figuran en el Protocolo de Mediación penal elaborado por el CGPJ, como mecanismo para alcanzar una necesaria homogeneización a falta de una regulación legal unificadora (uno de los fines confesados del propio Protocolo)[50].

A tenor de este último documento, y referido a la «mediación intrajudicial», el protocolo distingue tres fases en las que se puede producir la derivación a mediación»: en la fase de instrucción; en la de enjuiciamiento y en la de ejecución.

1. Fase de instrucción

En ella se contemplan, a su vez, tres variantes:

a) Cuando se lleva a cabo durante la investigación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba realizar por imperativo legal, permitirá que se realice el proceso de mediación con anterioridad a dictar APA (art. 780 LECrim) o de transformación en procedimiento por delito leve (779 LECrim), a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el MF en su escrito de conclusiones provisionales. Incoado un procedimiento por delito leve o habiéndose transformado desde un Abreviado y tras las fases de información y procurar el acuerdo, el Protocolo prevé la eventual dilatación del señalamiento —dentro de los plazos establecidos— a efectos de evitar la prescripción. Tras el desarrollo de las fases de acogida y encuentro dialogado, el Protocolo destaca cuando el acuerdo se alcanza en el trámite de Diligen-

---

49. García Rodríguez, M. J., «Buenas Prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el Sistema de Justicia Penal», *Boletín del Ministerio de Justicia,* número 2174, enero 2015, p. 34.

50. Accesible en: www.google.es/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=protocolo%20de%20mediacion%20penal%20del%20consejo%20general%20del%20poder%20judicial, última consulta, jueves 5 mayo, 10, 28.

cias Previas, a efecto de poder manifestar la defensa su conformidad con el escrito de calificación del MF o redactar un nuevo escrito conjunto que recoja el acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos. El plazo para realizar la mediación será de un mes desde la firma del consentimiento informado, ampliable judicialmente a instancia del Equipo de mediación.

b) Si se desarrolla abierto el juicio oral.
   En caso de acuerdo y conformidad se dará traslado de los escritos de calificación de conformidad al Juzgado de lo Penal que corresponda (art. 787 LECrim). Podrá solicitarse la ratificación previa del acuerdo por el equipo de mediación en el acto del juicio, mediante un acuerdo de conformidad que valorará el juez, el MF y el abogado.
c) Reparación o ejecución de los acuerdos.
   La reparación seguirá la forma acordada en el «plan de reparación». Cabe que las partes consideren reparado el daño con el simple dialogo, restitución, reparación del daño, indemnización, reconocimiento de hechos u otras formas semejantes. La reparación se concluirá antes de formular el escrito de conclusiones provisionales para valorarlo como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. En los delitos leves, deberá producirse antes de celebrarse el juicio.

2. Fase enjuiciamiento

Abierto el juicio oral cabe que el juez o tribunal, con el acuerdo del MF valoren la conveniencia de someter el proceso a mediación, comunicándolo al abogado defensor. Ahora bien, también es posible que cualquiera de las partes tenga igual iniciativa, poniéndolo en conocimiento del juez o tribunal para que valoren la conveniencia. Si existe valoración favorable y acuerdo, el LAJ elabora y remite al Equipo de Mediación un expediente con copia de: la denuncia; las declaraciones; el escrito de defensa y los informes periciales relevantes.

El juzgado o tribunal dictará providencia derivando la causa al procedimiento de mediación, enviándola a la persona acusada y a la víctima, fundamentando las razones de la derivación. Transcurrido un plazo de contestación y si éstas consienten, se abre la acogida con entrevistas privadas, que pasará después al «encuentro dialogado». Esta puede culminar mediante acuerdo o no.

En la hipótesis de que alguna parte manifestara su oposición al acuerdo alcanzado se procederá a la inmediata celebración de juicio practicándose la prueba. El mediador elaborará un informe pormenorizado que enviará al juzgado o tribunal, dictándose providencia que se notificará a las partes poniendo en su conocimiento la continuación del proceso.

Cuando se alcance el acuerdo, se elabora un documento conforme la mediación se ha desarrollado correctamente, firmándose por las partes y trasmitiéndolo al juez o tribunal competente. Éste citará a las partes, acusada, víctima y persona mediadora al acto del juicio, que se iniciará con el trámite de conformidad, en donde podrá modificarse el escrito de calificación, incorporando los acuerdos, siempre en los términos de la legalidad (art. 787 LECrim) definiendo y debatiendo las consecuencias jurídicas, la pena y posibles medidas suspensivas o sustitutivas. El abogado, MF entrarán en la Sala exponiendo los hechos, acuerdos y demás cuestiones que deseen manifestar.

El juez velará por la idoneidad de los acuerdos dictando sentencia de conformidad en caso afirmativo, incorporando «el plan de reparación» como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito (110 CP) o como regla de conducta (83 CP) en caso de adoptarse la suspensión de la ejecución de la condena.

3. En fase de ejecución

Si el juez competente para la ejecución de acuerdo con el MF valora la conveniencia de someter el proceso a mediación, lo pondrá en conocimiento del abogado defensor. Cuando se acepta y acaba con acuerdo se documentará en un acta donde conste el acuerdo de reparación. No siendo así, el juez podrá decidir sobre la suspensión, sustitución o informe de indulto valorando en su caso, las circunstancias que concurran.

Cuestión diferente, que no trataremos aquí es la mediación penal y penitenciaria[51], aspecto desarrollado en la última reforma del Código Penal al prescribir que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación[52]; al igual que su incumplimiento grave o reiterado condiciona la revocación de la suspensión[53].

El Real Decreto 1109/2015 no es el instrumento adecuado para un desarrollo, necesariamente reglamentario, de la mediación penal. De hecho, sólo se menciona haciendo referencia a la función informativa de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito y en torno a la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa o proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima y realizando actuaciones

51. Martinez Escamilla, M y Sánchez Álvarez, M. P. (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2012.

52. Art. 84 CP.

53. Art. 86.1. c) CP.

de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial[54]. Nótese, que en sintonía con la ausencia de mandato alguno en la Directiva 2012/29 UE, no hay imperatividad alguna: las OAVD *podrán* informar, *en su caso,* de las diferentes medidas de justicia restaurativa; *proponer* al órgano judicial acudir a la mediación penal *cuando lo considere necesario* y siempre supeditada a la concurrencia de los presupuestos contemplados en el art. 15 EVD, esto es: que el infractor haya reconocido los hechos[55]; que la víctima preste su consentimiento tras haber recibido información exhaustiva e imparcial[56]; que el infractor preste su consentimiento; que el procedimiento de mediación no entrañe riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y que no esté prohibida la mediación para ese delito.

6. La mediación penal en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en el borrador de Código Procesal penal de 2013

No es objetivo de estas líneas efectuar un análisis crítico de las propuestas contenidas en estos textos que nunca fueron objeto de tramitación parlamentaria. Pretendo tan sólo dar noticia de aquellas en la medida de que aún hoy se habla de inspirarse en una mezcla de ambos para una anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Advirtamos de antemano que ambos textos se muestran favorables a la institución, si bien el primero la sitúa como en el marco del principio de oportunidad[57]; en tanto el segundo la incorpora como imperativo derivado de la normativa europea, algo que conforme a lo visto no es exacto[58].

Inspirado el Anteproyecto en un modelo claramente tributario del principio de oficialidad, la mediación señala «*ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden*

54. Apartado VII.

55. Presupuesto que también figura en el art. 12.1.c) de la Directiva 2012/29 UE.

56. Presupuesto contemplado en el art. 12.1.b) de la Directiva 2012/29 UE.

57. Arts. 157 y ss. Anteproyecto.

58. La Exposición de Motivos en su apartado IV (Libro II— Disposiciones Generales sobre las actuaciones procesales y mediación penal) señala: «(…) *la instauración de la mediación penal era una necesidad no sólo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que se habían llevado a cabo ya experiencias alentadoras y fructíferas*». Y posteriormente se afirma que la Decisión Marco 2001/220/JAI y posteriormente la Directiva 2012/29/UE «exige» una proyección de la mediación en el derecho penal de adultos….

resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima (…) *Será el fiscal el que —al apreciar la concurrencia de un supuesto que por sus características específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida— pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas*».

La mediación se hace depender así de la apreciación por parte del fiscal de la bondad de obtener una solución reparadora de los intereses particulares en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo, siempre con la anuencia de los afectados. Además, la mediación podrá adoptarse de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima (art. 158.1 AntP).

La configuración de la mediación, en el marco del principio de oportunidad, se constata cuando el Anteproyecto contempla las consecuencias de la mediación. En efecto, el fiscal —que no tendrá conocimiento de la mediación hasta que ésta haya finalizado— valorará los acuerdos alcanzados, en caso de haberse alcanzado un acuerdo y recibir el acta de reparación, y podrá: a) decretar el archivo por oportunidad, imponiendo como regla de conducta los acuerdos alcanzados por las partes[59]; o b) Proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad, en cuyo caso las víctimas serán siempre oídas aun cuando no se hubieran personado y la sentencia de conformidad incluirá los términos del acta de reparación[60],

La mediación se contempla al inicio del proceso, sin impedir la práctica de diligencias indispensables para la comprobación de delito[61]; o en el seno del mismo, premiándolo con apreciar la atenuante de reparación[62]. Su resultado, según los supuestos, podrá conducir a la continuación del proceso; la finalización con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado; o a una sentencia condenatoria en el marco de la conformidad premiada.

El Borrador de Código Procesal Penal contempla la mediación sin circunscribirla —señala su Exposición de Motivos— al principio de oportunidad[63] o al ins-

---

59. En cuyo caso no será de aplicación los requisitos establecidos en las letras a) y b) del art. 149.1 (esto es, no se requerirá que la incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que ésta se produjo; o pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.

60. Art. 159.3 AntP.

61. Art. 158 y 159 AntP.

62. Art. 160 que remite al procedimiento del art. 158 AntP.

63. Es más, según señala la Exposición de Motivos: «*El modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional*».

tituto de la conformidad, lo que a juicio del prelegislador «*supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o de la delincuencia menor*». La configuración de la mediación en dicho texto se adscribe a la justicia restaurativa «*en la que la víctima adquiere un singular protagonismo, sin que se limite el fin del derecho penal al indemnizatorio o reparador, sino concebida como algo más rico*», con efectos preventivos importantes[64].

El Borrador contiene pocos preceptos dedicados a definir qué se entiende por mediación penal, su carácter institucional o profesional. La iniciativa parece ser del infractor quien lo comunicará al MF y éste a la víctima, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho y a través de la OAV[65]. Dicho conocimiento puede suponer la suspensión de las diligencias de investigación si lo considera oportuno[66].

Sin muchas pormenorizaciones —no se estima necesario— la incorporación de lo que se define como «*el procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo*», remite a diversos artículos de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles[67]. Se prescriben, sí, la voluntariedad; la gratuidad; la confidencialidad del proceso y la imposibilidad de que el mediador declare sobre los hechos de los que tengan conocimiento en un eventual proceso posterior. Los efectos de la mediación, que la Exposición de Motivos, señala que irán predeterminadas legalmente, pudiendo ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante o sin repercusión sustantiva alguna) no deben ir precedidos del ofrecimiento de ventajas al encausado por parte del Ministerio Fiscal ni de los Tribunales, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza[68].

---

64. Como un «*sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica*». Exposición de Motivos.

65. Art. 144.2 BCPP.

66. Art. 145 BCPP.

67. Arts 6.1; 6.3; 7; 8; 10.1; 10.3; 11; 12 a 14; 17 a 23; 25 y 26, concretamente.

68. Art. 146 BCPP.

7. Las experiencias piloto

Aún antes de las exiguas normas que citaban la mediación en el Código Penal, se fuero desarrollando experiencias piloto en determinados juzgados —de Cataluña, Valencia y el País Vasco— aparentemente carentes de sustrato normativo, pero que, sin embargo, han sido experimentadas a modo de ensayo para una eventual futura regulación, citándose incluso en alguna Exposición de Motivos[69]. Basta buscar en las redes o en publicaciones del propio CGPJ para encontrar trabajos y grupos de investigación»[70], pero también análisis y balances de su aplicación mediante las autodenominadas «experiencias piloto»[71]. De hecho, el Protocolo de Mediación intrajudicial del CGPJ a que se ha hecho referencia informa de las que citaremos seguidamente[72]. Su peculiar naturaleza y el hecho de no ser conocidas o accesibles, además de la prudente limitación de un texto ya largo, ha hecho reducir a tres el número de las incluidas. Su selección no obedece a ningún criterio de excelencia sino más bien a proceder de diferentes ámbitos (judicial y académico, fundamentalmente). Su aportación creo resultará útil como elemento de contraste para una evaluación final, que se inicia con la percepción de múltiples notas comunes y algunas singularidades. No son las únicas, naturalmente, pero sí resultan suficientes para la referida función de contraste[73].

---

69. Aunque no se especifica a cual se refiere, se citan en el Borrador de Código Procesal Penal.

70. Grupo de Investigación noviembre de 2010 Consejo General del Poder Judicial, SÁEZ, R., «La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva».

71. GUIMERÀ I GALIANA, A., «La Mediación-Reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya», *Criminología*, accesible en www.criminologia.net/pdf/reic/ano3-2005/a32005art3.pdf, última consulta 22 marzo 2015, 17:51; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Evaluación del programa de mediación penal de adultos», *Generalitat de Catalunya*, accesible en aryme.com/docs/adr/2-2-3050/2013_espana_evaluacion_programa_mediacion_penal.pdf, última consulta, 22 marzo 2015, 17:51. MAGRO SERVERT. P., CUÉLLAR OTÓN, P. y HERÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 123 y ss.

72. «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial», disponible en pdf: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos. Consulta, 22 marzo 2016.

73. Otro documento de interés al respecto es el elaborado por ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal» accesible en www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/sistemas-alternativos-a-la-resolucion-de-conflictos-adr-la-mediacion-en-las-jurisdicciones-civil-y-penal, última consulta jueves 26 enero 2017. Asimismo las «Conclusiones del II Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal: origen y beneficios reales y potenciales», accesible en dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4063074, última consulta, 26 enero 2017. GARCÍA GARCÍA-CERVIGNON, J., «Experiencias de mediación penal de adultos en España» accesible en www.vittimologia.it/rivista/articolo_garcia-cervigon_2010-03.pdf, última consulta, 26, enero 2017; o, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Mª. J. y CASTILLA JIMÉNEZ, J., «Mediación penal en Juzgados de Sevilla», *Revista La Toga*, accesible en www.revistalatoga.es/mediacion-penal-en-juzgados-de-sevilla/, última consulta, 26 enero 2017.

7.1. Primera experiencia piloto

En la primera «experiencia piloto» que se desarrolló en Valencia a partir de 1993 se impusieron dos condicionantes (que los infractores no fueran reincidentes y que se reconocieran los hechos que se le imputaban). Se aplicó a delitos y faltas de tramitación a través del PA. El acuerdos se centraba, cuando se trataba de faltas, en no ejercitar la acción y, tratándose de delito, en rebajar la pena al mínimo legal[74].

La mediación seguía las siguientes fases:

1. Valoración o sondeo informal por el juez;
2. Comunicación a la Oficina, con los datos del infractor, la víctima y una copia de la denuncia o atestado;
3. Apertura por el mediador de un expediente de mediación, siendo el mediador siempre un miembro de la Oficina de Asistencia a la Víctima (OAVD);
4. Entrevistas separadas del mediador con la víctima y el infractor;
5. Determinación de la existencia de un interés en la reparación económica o conciliación, así como el posible reconocimiento de los hechos por el infractor;
6. Determinación de la oferta del infractor;
7. Concreción del acuerdo específico entre víctima e infractor;
8. Firma del acuerdo en presencia del mediador; y
9. Emisión de un informe por la OAVD y posterior ratificación por el mediador del acuerdo alcanzado.

De no alcanzarse el acuerdo, se comunicaba al juez explicándole los motivos. Si por el contrario, se alcanzó el acuerdo, éste podía acarrear: bien el sobreseimiento, en caso de renuncia válida a la acción penal; bien la conclusión de la investigación y el traslado al MF para la calificación, o tener por formulada la que figuraba en el acuerdo de mediación; el sobreseimiento sometido a cumplir las condiciones acordadas, dándose traslado a la OAVD para su control; o la aminoración de la pena conforme a lo acordado o el desistimiento caso de tratarse de un delito sólo perseguible a instancia de parte.

7.2. Segunda experiencia piloto. Selección de gráficos

Una segunda experiencia piloto se desarrolló, también en la Comunidad Valenciana, concretamente en Alicante, merced a un acuerdo entre la Diputación

74. VIDOSA, F. y DE JORGE MESA, L. F., *Mediación. La experiencia de adultos en España*, Oficina de ayuda a la víctima del delito, Generalitat Valenciana, Valencia, 1994.

Provincial de Alicante y la Consellería de Justicia de la Generalitat Valenciana, con diversas iniciativas en la AP de Alicante desde 2003[75].

En 2006 se abrió una *Oficina Judicial de Coordinación Institucional* en la AP adscrita a su Presidencia, con funciones encomendadas de control de las medidas alternativas a la prisión. Dicha OJCI incorporó en 2007 la experiencia acumulada dentro del programa: *mediación penal reparadora entre personas adultas* asumido por el Juzgado de lo Penal número 2 de los de Alicante. A esta Oficina se derivan determinados asuntos, según la sistemática del Protocolo de Mediación elaborado por el CGPJ y siguiendo otro *Protocolo*[76] *cuyas líneas directrices* siguen las siguientes *pautas*:

a) *Objeto*: determinar de manera reglada las distintas actuaciones de los profesionales adscritos al *Equipo de Mediación Penal de la Oficina de Medidas Alternativas de la AP de Alicante* respecto a los expedientes remitidos por el Juzgado de lo Penal N.2 de Alicante, derivados de procedimientos de su competencia, seleccionados con idóneos por su titular. El expediente contenía: copia de la denuncia; copia de las declaraciones; copia del escrito de acusación del MF; y copia del escrito de defensa.
b) *Oficina encargada de la mediación*: Desarrollaba su actuación mediadora con las partes, conforme a los principios de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad El equipo de mediación recibía de la OJCI el expediente oportuno, registrándolo y abriendo la correspondiente *carpetilla* que incorporaba la información recibida y que quedaban bajo la custodia de la propia OJCI, no siendo públicas.
c) *Tramitación inicial del expediente de mediación:* El equipo de mediación contactaba con la persona denunciante y con la encausada, preferentemente por teléfono y de manera individual. Si en 15 días no se había logrado contacto, se hacía constar dicha circunstancia, cerrando la carpetilla y comunicándolo al juzgado remisor con indicación de las gestiones realizadas y su fracaso.
   Si se localizaba se procuraba la entrevista por separado con cada parte, intentando conciliar la agenda de trabajo del Equipo de Mediación con la de las partes (laborales y familiares); dejando constancia en el expediente de la citación telefónica o de la forma en que se efectuara.
   La ausencia de entrevista por negativa o imposibilidad acarreaba tener por concluido el trámite; haciéndose constar que parte se niega a participar en

75. Magro Servert. P., Cuéllar Otón, P. y Herández Ramos, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en González-Cuellar Serrano, N. (Dir.), *Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 123 y ss.

76. Redactado por Vicente Magro, Miguel Herrero, Carmelo Hernández y Pablo Cuéllar. *Vid.*, «Experiencias piloto», *infra* nota siguiente.

la mediación, comunicándolo al juzgado junto con el fracaso de la iniciativa.

d) *Fase de acogida*: el equipo de mediación informaba clara y sencillamente a las personas mediadas del significado de lo que supone la mediación y sus efectos, así como del tiempo —necesariamente corto— de las posibilidades de acuerdo. También debían conocer la percepción que el mediado tenga del delito, sus emociones, sentimientos y en particular, los daños y perjuicios originados, las consecuencias y expectativas y necesidad de reparar o ser reparado; y en el caso del encausado, procuraban conocer su situación: personal y en relación con la justicia (cuestiones personales y familiares, antecedentes o circunstancias que puede favorecer la mediación; la asunción de la responsabilidad y su interés en buscar soluciones alternativas y en reparar las consecuencias de sus actos). El equipo valoraba las posibilidades de la mediación, tanto desde el punto de vista de la proclividad de las partes como del interés en buscar la solución alternativa y del reconocimiento y posible reparación. Todas las actuaciones y valoración constaban en la carpetilla y en el correspondiente archivo digital protegido.
e) *Fase de encuentro dialogado:* El equipo intentaba resumir las pretensiones de cada parte y su disponibilidad, valorando la conveniencia o no de un encuentro, que en ningún caso constituía requisito para alcanzar el acuerdo.
f) *Fase de acuerdo:* Si se alcanzaba el acuerdo, se redactaba un documento recogiéndolo en incluyendo un *Plan de reparación* detallado de los compromisos, los tiempos y los efectos deseados por las partes. Constaban las sesiones realizadas y debían ser firmado por las partes (directamente aunque no en presencia inexcusablemente) y por los integrantes del Equipo de Mediación. Dicho documento se remitía al Juzgado correspondiente, debiendo ratificarse en su presencia[77].

77. Un desarrollo y balance de la experiencia en MAGRO SERVERT. P., CUÉLLAR OTÓN, P. y HERÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

Selección de gráficos[78]:

Resultados por tipos penales.

Tipo penal	Total	Acuerdo	%	No Acuerdo	%
Impago de pensiones	3	2	6,66%	1	33,3%
Robo con fuerza	2	2	100%	–	–
Lesiones	2	1	50%	1	50%
Acoso sexual	1	1	100%	0	–
Falsedad y estafa	1	1	100%	–	–
Apropiación indebida	1	1	100%	–	–
Quebrantamiento de medida cautelar	1	0	–	1	100%
Desobediencia	1	0	–	1	100%
Malos tratos (violencia doméstica)	1	0	–	1	100%
Daños	1	0	–	1	100%

- En los asuntos mediados de Robo con fuerza en las cosas se han conseguido acuerdos de mediación en el 100% de los casos intentados.
- La misma proporción se ha obtenido en los casos intentados por acoso sexual, apropiación indebida y falsedad/estafa.
- En los delitos de impago de pensiones se ha logrado alcanzar acuerdos en más de la mitad de los casos intentados.
- En los delitos de lesiones se ha logrado acuerdo en la mitad de los casos intentados. En el otro caso, el acuerdo no ha sido posible ante la incomparecencia de la otra parte.
- No se han logrado acuerdos en los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar, desobediencia, daños y malos tratos (violencia doméstica), si bien, en dos de estos casos (desobediencia y daños) ha sido la incomparecencia de alguna de las partes el motivo único y primordial que ha impedido llegar a algún tipo de acuerdo.

78. Selección de gráficos extraídos de MAGRO SERVERT. P., CUÉLLAR OTÓN, P. y HERÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

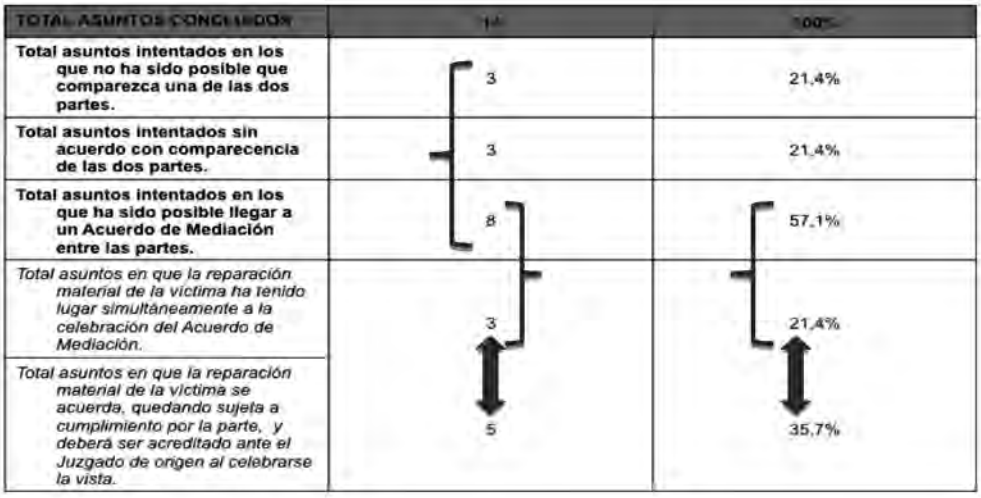
Cuadro 1. Desglose de los 14 casos analizados.

EXPEDIENTE	CAUSA	OBSERVACIONES	RESULTADO
01/07	Impago de pensiones (alimentos)	Situación contenciosa entre cónyuges desde 2006.	Acuerdo con reparación.
02/07	Desobediencia	No ha sido posible localizar a uno de los mediados. La otra parte sí que estaba dispuesta a llegar a un acuerdo.	NO HA SIDO POSIBLE
03/07	Lesiones	Uno de los mediados no compareció.	NO HA SIDO POSIBLE
04/07	Malos tratos (violencia doméstica entre hermanos)	Ambos mediados comparecen, pero no es posible llegar a un acuerdo.	NO HA SIDO POSIBLE
05/07	Impago de pensiones (alimentos a una hija incapacitada)	Ambos mediados comparecen, pero no es posible llegar a un acuerdo.	NO HA SIDO POSIBLE
06/07	Robo con fuerza	Situación contenciosa entre familiares consanguíneos desde 2003.	Acuerdo con reparación.
07/07	Acoso laboral	Situación contenciosa entre las partes desde 2004.	Acuerdo con reparación.
08/07	Quebrantamiento de medida cautelar	Ambos mediados comparecen, pero no es posible llegar a un acuerdo.	NO HA SIDO POSIBLE
09/07	Daños	No ha sido posible localizar a uno de los mediados. La otra parte Sí que estaba dispuesta a llegar a un acuerdo.	NO HA SIDO POSIBLE

Cuadro 1. Desglose de los 14 casos analizados (continuación).

10/07	Falsedad y Estafa	Situación contenciosa entre las partes desde 2006.	Acuerdo
11/07	Lesiones	Situación contenciosa entre las partes desde 2006.	Acuerdo
12/07	Robo con fuerza	Situación contenciosa entre las partes desde 2007.	Acuerdo
13/07	Impago de pensiones (alimentos a un hijo menor)	Situación contenciosa entre las partes desde 2006.	Acuerdo
14/07	Apropiación indebida	Situación contenciosa entre las partes desde 2005.	Acuerdo

Cuadro 2.



- En más de la mitad de los asuntos intentados (57,1%), el Equipo de Mediación Penal Reparadora de Adultos consiguió llegar a un Acuerdo Satisfactorio entre las partes.
- En solo tres casos (21,4%), compareciendo ambas partes en el Proceso de Mediación, no fue posible llegar a un Acuerdo.
- En los restantes tres casos (e idéntico porcentaje al anterior) compareció una de las partes que demostró interés en lograr un Acuerdo, per la otra parte o bien no compareció desde el inicio de la Mediación (14,2%) al no poder ser localizada por ningún medio; o bien, consintiendo en iniciar la Mediación, no compareció en la sesión inicial y se desentendió posteriormente (7,2%).
- En un 21,4% de los casos, la reparación material de la víctima (económica) se ha producido de manera simultánea a la celebración del Acuerdo de Mediación, acreditándose en el correspondiente Expediente la Diligencia de ingreso.
- En un 35,7% de los casos, la reparación material de la víctima se establece en el Acuerdo de Mediación, quedando sujeta a cumplimiento por la parte, y deberá ser acreditado ante el Juzgado de origen al celebrarse la vista.

7.3. Tercera experiencia piloto. Selección de gráficos

Una última referencia corresponde a Barcelona, pionera junto a Valencia, Bilbao y las Palmas de Gran Canaria. Su desarrollo transcurrió a través de fases semejantes a las citadas en las dos anteriores, destacando algún aspecto específico, como[79]:

79. Guimerá i Galiana, A., «La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya», *Revista Española de Investigación Criminológica*, REIC AC-03-05 (www.criminologia.net).

a) abrir un procedimiento para cada relación víctima-infractor, con independencia de la existencia de pluralidad en los investigados;
b) que la solicitud pueda provenir no sólo de investigado o víctima, juez, MF o el abogado de aquellos, sino también de otros servicios que hubieran participado con anterioridad;
c) que la solicitud pueda plantearse en cualquier fase del procedimiento;
d) que no exista limitación delictiva, salvo las prohibiciones fijadas legalmente; y,
e) la valoración del proceso seguido, tanto por las partes (incluida la sensación de imparcialidad y la voluntariedad para acudir a la mediación), como por el mediador (colaboración de las partes al inicio y al final, los acuerdos y la dificultad en alcanzarlos) excluyéndose cualquier consideración sobre la derivación del supuesto en el procedimiento judicial[80].

Selección de gráficos[81]:

Gráfico 1: Casos seleccionados: procedimiento y reparación.

	Número de casos	Reparados	No reparados	Expedientes perdidos
Casos seguidos por Juzgado de instrucción en DP (Diligencias Previas).	52	26	25	1
Casos seguidos por Juzgado de lo Penal:	14	11	3	–
PA (Procedimiento Abreviado)	9	8	1	–
DU (Diligencias Urgentes)	1	1	–	–
EXE (Ejecutorias)	4	2	2	–
TOTAL	**66**	**37**	**28**	**1**

80. GUIMERÁ I GALIANA, A., «La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya», *op. cit.*

81. Selección de gráficos extraídos de GUIMERÁ I GALIANA, A., «La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya», *op. cit.*, pp. 7 y siguientes.

Gráfico 2: Relaciones víctima-autor.

Tipo de relación	Porcentaje	Supuestos
Totalmente desconocidos	56,7%	21
Relación familiar	21%	8
Otros conocidos	13,5%	5
Relación de vecindad	8,1%	3

Gráfico 3: Formas delictivas de la muestra.

Delito	**Porcentaje**	**Supuestos**
Daños	32,4%	12
Robo con intimidación	18,9%	7
Lesiones	10,8%	4
Estafa con falsedad documental	10,8%	4
Amenazas	5,4%	2
Robo con fuerza	5,4%	2
Robo con intimidación (y falta de lesiones)	2,7%	1
Estafa	2,7%	1
Maltratos	2,7%	1
Omisión del deber de evitar delitos	2,7%	1
Impago de pensiones	2,7%	1
Injurias en Querella	2,7%	1
TOTAL	100%	37

Gráfico 4: Formas de reparación de la muestra.

Modalidad de la reparación	Porcentaje	Supuestos
Reparación de los perjuicios personales y morales y económica	43,2%	16
Solo reparación de los perjuicios personales y morales	29,7%	11
Reparación de los perjuicios personales y morales, económica y de actividad	18,9%	7
Reparación de los perjuicios personales y morales y de actividad	5,4%	2
Solo reparación económica	2,7%	1
TOTAL	**100%**	**37**

8. Reflexiones finales

Las líneas que siguen no pretenden conformar un cuerpo cerrado de conclusiones sobre un tema, tan abierto a la discusión como a la necesidad de una delimitación sería y reposada, sino a ofrecer sugerencias sobre un elenco de cuestiones que deben respetarse en el caso de una eventual ampliación normativa de la justicia restaurativa y del recurso a la mediación penal en nuestro ordenamiento; aspecto éste que requiere a mi juicio más tiempo, espacio y profundización que este trabajo, de ahí, que se ofrezcan una serie de líneas orientativas, muchas de ellas compartidas con autores especializados en esta materia.

La justicia restaurativa es un movimiento sobre cuyos resultados no existe acuerdo más allá, al menos en España, de no poder constituir un método alternativo al proceso sino más bien complementario del mismo. Por dos órdenes de consideraciones: por no poder sustituir al proceso desde diferentes puntos de vista, como el ámbito objetivo de aplicación o su alcance en las diferentes fases del mismo (investigación, enjuiciamiento y ejecución). Pero, además, por las fundadas dudas que arroja sobre determinadas garantías, como la seguridad jurídica o la presunción de inocencia, por no citar, la forma de garantizar

una auténtica voluntariedad en condiciones sociales, económicas y de poder desiguales[82]. Si como frontispicio de la puerta de entrada a la justicia restaurativa se recurre a la insuficiencia de la controversia judicial clásica y la búsqueda de una justicia calidad, consideraciones semejantes, pueden suscitarse, cuando menos, al tratar de la justicia restaurativa, si se busca alcanzar un juicio ponderado[83].

No se quiere afirmar, con todo, que la justicia restaurativa no tenga recorrido o deba ser objeto de oposición frontal. Su objetivo es bienintencionado y puede existir un ámbito objetivo de aplicación donde resulte satisfactoria. Éste, no obstante, resulta limitado, y depende, en primer término y por esencia de una garantía absoluta de acceder a la misma salvaguardando exquisitamente la voluntariedad, algo difícil para ambas partes: la víctima, a la que se le requiere una actitud que no tiene porqué concurrir y al presunto delincuente quien a la postre trata sobre su libertad. Tampoco cabe olvidar contrarazones más dogmáticas, como el riesgo de ocultar los conflictos sociales al pretender abordar los efectos o manifestaciones del conflicto pero no las causas; la instrumentalización de las víctimas para aliviar la carga de los tribunales con riesgo de una doble victimización; la eventual vulneración del principio de igualdad y el perverso efecto de la privatización del conflicto penal, amén de no satisfacer los fines irrenunciables a los que responde todo sistema penal, como el desaliento de conductas delictivas futuras y el de prevención general de los comportamientos delictivos[84] .

Ni la justicia restaurativa, ni la mediación penal vienen impuestas por la normativa europea. Su incorporación no debe apelar a algo que no es real, sino a valoraciones positivas de las opciones que así se acogen. De otra forma, la mera propuesta pierde fuerza. A partir de recomendaciones y de fijaciones de unas garantías mínimas que deben salvaguardarse, una vez adoptada la decisión legislativa, la mediación penal que se contempla en el art. 15 EVC y otras manifestaciones de justicia restaurativa deben beber de diversas fuentes. Empezando por las legales, claro está, pero también de otras —doctrinales y de experiencia comparada— que ilustran el profundo cambio que incorpora la justicia penal, sus bondades y sus inconvenientes o aquellas cuestiones necesitadas de atemperación. Junto a las ya expuestas cabe citar el peligro de bana-

---

82. QUINTERO OLIVARES, G., «El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit.*, pp. 146 y ss., en especial, pp. 157 y ss.

83. La complejidad social, por acudir a un argumento recurrente, puede y debe contemplarse tanto para buscar fórmulas complementarias como para formular críticas a las mismas y reforzar las garantías procesales.

84. SILVA SANCHEZ, J., «Sobre la rellevància jurídico-penal de la realización de actos de reparación», *Revista del Poder Judicial*, número 45, 1997, pp. 183 y ss.

lización ínsito en limitarlo a la llamada criminalidad de bagatela, así como quedar reservado a sujetos con capacidad económica suficiente, perdiendo así sus objetivos restaurativos[85].

Coherentemente con la idea expuesta anteriormente, la mediación penal no debe considerarse un medio alternativo, errónea traducción de las siglas inglesas ADR, sino un medio complementario, en un doble sentido: porque la mediación penal, como la justicia restaurativa no da respuesta a todas las situaciones a que debe atender el código y el proceso penal; y porque la aplicación de la mediación penal no puede constituir una elección taxativa entre la garantía que comporta el proceso penal y su renuncia y abandono; tanto desde el punto de vista constitucional (del derecho de acceso a la justicia) cuanto de la propia operatividad de la mediación, que se asienta y desarrolla en principios y objetivos conexos a la libre voluntad, y cuyo complemento natural es la jurisdicción. La mediación penal no debe negar el proceso ni restringirlo, menos aun cuando el acuerdo tras la mediación se incorporará a un proceso al menos en algunas modalidades.

Admitida dicha limitación, esto es, su eventual prohibición en algunos casos, o su simple limitación en otros, y que puede ser libremente rechazada tras iniciarse, así como el carácter complementario arriba señalado; resulta crucial requerir de la mediación penal la concurrencia de una serie de garantías en aspectos sustanciales, empezando por la existencia de una norma legal que satisfaga la previsión normativa. En ésta se incorporarán, tanto la salvaguarda de la presunción de inocencia y del acceso a la mediación con un conocimiento libremente informado, que garantice mediante un doble control la voluntad de la víctima y del victimario, cuanto las garantías de profesionalidad e independencia del mediador (un Estatuto del mediador). En otros términos: información suficiente y garantía de comprensión de la misma, así como del acceso libremente decidido; confidencialidad y secreto de la sumisión a la mediación y de las deliberaciones, así como, que en caso de no llegarse a un acuerdo, la incorporación al proceso penal no implique en modo alguno la utilización de lo afirmado en la mediación o que el mediador pueda ser llamado como testigo o perito al proceso. También articulando con las debidas garantías la forma de incorporación del acuerdo al proceso y la posible suspensión de aquél; y más aún, si cabe, la eventual exclusión de éste último en aquellos hechos, ne-

85. Así lo describen Ortuño Muñoz, P. y Hernández García, J., «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal» (Documento de trabajo 110/2007) accesible en: www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/sistemas-alternativos-a-la-resolucion-de-conflictos-adr-la-mediacion-en-las-jurisdicciones-civil-y-penal, última consulta 27 enero 2017. Barona Vilar, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

cesariamente previstos legalmente, y que se encuentren sujetos a la concurrencia de presupuestos, empezando por la reparación a la víctima.

Estas reflexiones «meramente aproximativas» configuran «consideraciones de mínimos», respetuosas con otros análisis más exhaustivos y de autores más especializados[86]. Con todo creo que pueden resultar de utilidad para valorar la incorporación de un método, cuyo éxito reside en buena medida en las garantías que se preserven y en la asunción de un ámbito objetivo de aplicación limitado[87]; algo tan esencial como asumir su carácter eventual y complementario del proceso penal, que con todas las críticas que pueda suscitar —algunas ciertamente discutibles—[88], sigue siendo el mejor medio para preservar las garantías individuales, lo fines del derecho penal y alcanzar la paz social.

---

86. Tanto fervorosos partidarios, como críticos, de los que en páginas anteriores se ha ido dando cuenta. A los ya citados cabría añadir, sin ánimo de exhaustividad: SOLETO MUÑOZ, H., «La justicia restaurativa como elemento complementario a la Justicia tradicional» en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en torno a una reforma del proceso penal español)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012; AGUILERA MORALES, M., «La mediación penal ¿quimera o realidad?», *REDUR*, 2011, pp. 127 y ss.; MARTINEZ ARRIETA, A,. «La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal» en SEGOVIA BERNABÉ, J. L. *et al.*, *Mediación penal y penitenciaria: 10 años de camino*, Fundación Agape, Madrid, 2010; GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; CASTILLEJO MANZANARES, R, «El nuevo proceso penal. La mediación penal», *Revista de Derecho y Proceso penal*, número 23, 2010, p. 80; HERNÁNDEZ MOURA, B, *Mediación penal: Derechos y garantías*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, accesible en www.mediacion.uc3m.es/wp-content/uploads/2014/11/TFG_mediaci%C3%B3n_HS-pub.pdf o CABEZUDO RODRIGUEZ, N., «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal, justicia restaurativa y mediación penal», *La Ley Penal*, número 86, 2011, p. 25.

87. Sobre las limitaciones, aún desde una posición abierta, QUINTERO OLIVARES, G., «El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Justícia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit.*, pp. 146 y ss., en especial, pp. 161-164.

88. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., parte y razona en su análisis, de la tan frecuente como inexacta acusación de que el sistema de justícia penal ha fracasado, para, a reglón seguido ir negando las críticas más frecuentes dirigidas al actual modelo de justicia penal y las críticas que cabe oponer a lo que él denomina «la mediación por la mediación», *cfr.* «La mediación penal», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, *op. cit.*, pp, 216 y ss.

«*Täter-Opfer-Ausgleich*» (TOA) como modelo de la mediación penal en el sistema español

Margarita Roig Torres
Profesora Titular (acreditada a Catedrática)
de Derecho Penal
Universitat de València

1. Introducción

En Alemania el proceso penal está regido por el principio de legalidad (*Legalitatsprinzip*), lo que determina que la función de la mediación sea más limitada que en los sistemas donde prima el principio de oportunidad. No obstante, tanto el Código penal (*StGB*) como el Código procesal penal (*StPO*) prevén algunos supuestos donde el acuerdo entre las partes, o el intento de acuerdo, tienen eficacia en el proceso o en la pena.

En realidad, en esas leyes no se habla de mediación sino de «compensación» (*Ausgleich*). Se denomina «*Täter-Opfer-Ausgleich*» (TOA), literalmente «autor-víctima-compensación», tanto a ese procedimiento negociador, como al acuerdo alcanzado entre las partes[1]. No obstante, en la doctrina se habla en ocasiones de mediación para aludir a esa vía extrajudicial[2].

El TOA se realiza siempre en el marco del proceso punitivo y está fiscalizado por el juez y el fiscal, que deciden si remiten o no a ese cauce informal y también la eficacia que conforme a la ley se debe atribuir al resultado obtenido[3].

---

1. KILCHLING, M., «Restorative justice developments in Germany», en MIERS, D. y AERTSEN, I. (Eds.), *Regulating restorative justice*, Verlag für Polizei wissenschaft, Germany, 2012, p. 158; y, LACKNER, K., *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen*, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, 22 Auflage, München, 1997, p. 320.

2. SCHWENDNER, R. y WENZEL, W.M., *Psychosoziale Prozessbegleitung-Chancen der Mediation im Strafprozess*, 2016, p. 10, www.istob-aka.de/wp-content/uploads/Chancen-der-Mediation-im-Strafprozess-Schwendner-Wenzel.pdf.

3. En la doctrina se señala que el fin del acuerdo delincuente-víctima (TOA) es tutelar el interés de la víctima en obtener la compensación por el daño sufrido. Al mismo tiempo deberá conseguirse que el delincuente sea consciente de su conducta y de sus consecuencias, asumiendo así su responsabilidad. Como resultado de todo ello, se reduce la

Dicha figura tiene su origen en los años 80 del siglo pasado y se debió a la influencia del movimiento victimológico norteamericano[4]. En esa época se pusieron en práctica algunos programas piloto en el ámbito de la delincuencia juvenil[5]. Los resultados positivos conseguidos llevaron en 1990 a introducir la compensación entre autor y víctima (TOA) en la Ley penal del menor (§§ 10, 45 y 47). En este campo destacan los programas de Reutlingen y Cologne, que se implantaron en 1992. Eran gestionados por entidades privadas, aunque costeados parcialmente con fondos federales. Normalmente se desarrollaban después de finalizar la instrucción judicial y antes de la vista oral, en procesos por delitos leves o de gravedad media (lesiones, robo y daños) y se aplicaban a jóvenes de entre 14 y 21 años. Lo llamativo era que si el mediador no conseguía un acuerdo, podía abonar los perjuicios causados por el infractor a cargo de un fondo público, sufragado con las multas impuestas en delitos de tráfico y otros ilícitos leves. En este caso el menor debía trabajar para una institución de caridad como compensación al pago realizado por el fondo[6].

En el Derecho penal de adultos también se desarrollaron algunos proyectos de esta clase (Tubingen, Nürnberg, etc.), aunque la experiencia fue menos positiva dado que los infractores eran más reacios al compromiso[7]. De todas formas, también se aprobaron algunas reformas legales. La Ley de lucha contra el crimen, de 28 de octubre de 1994, reformó el § 46 del Código penal alemán y añadió el § 46 a, dando entrada por primera vez al TOA[8]. Posteriormente, la Ley de 20 de diciembre de 1999 modificó el § 153 a del Código procesal penal, e introdujo los §§ 155 a y 155 b. A través de estas normas se permite al fiscal renunciar a la acusación o suspenderla, y se obliga a los jueces y fiscales a tener en cuenta la posibilidad de un encuentro entre las partes (TOA) a lo largo del proceso[9].

---

necesidad de imponer una pena en el ámbito de la criminalidad media. TRÖNDLE, H. y FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53 Auflage, C.H. Beck, München, 2006, p. 370.

4. DOMENING, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik*, Haupt Verlag, Bern, 2008, p. 86; KILCHLING, M., «Restorative justice…», *op. cit.*, p. 158; ROXIN, C., «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH, H. (Eds.), *Wiedergutmachung und Strafrecht. Neue Kriminologische Studien*, Wilhelm Fink, München, 1987, p. 42.; y, ROXIN, C., «La posizione della vittima nel sistema penale», *L'Indice Penale*, 1989, p. 6.

5. LACKNER, K. y KÜHL, K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, C.H.Beck, München, 2011, p. 335; y, KILCHLING, M., «Restorative justice…», *op. cit.*, p. 158.

6. PFEIFFER, C., «Täter-Opfer-Ausgleich-Das trojanische Pferd im Strafrecht», *Zeitschrift fur Rechtspolitik*, número 9, 1992, pp. 338 y ss.

7. DÖLLING, D., «Der Täter-Opfer-Ausgleich», *Juristen Zeitung*, número 10, 1992, pp. 496 y ss.; y, VIEHMANN, H., «Täter-Opfer-Ausgleich und Strafrecht», *Neue Justiz*, número 9, 1992, pp. 387 y ss.

8. KINDHÄUSER, U., *Strafgesetzbuch. Lehr—und Praxiskommentar,* 5ª Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 346.

9. ROXIN, C., «Die Wiedergutmachung…», *op. cit*., p. 37; «La posizione della vittima…», *op. cit*., p. 8; y, TRENCZEK, T., «A review and assessment…», *op. cit*., p. 111.

Por lo tanto, la institución del «*Täter-Opfer-Ausgleich*» (TOA) está presente en el proceso penal alemán desde hace varias décadas.

2. Acciones de la víctima en el proceso penal

La Ley procesal penal alemana atribuye al perjudicado la facultad de ejercer la acción civil derivada del delito en el propio proceso penal (§§ 403 y ss StPO)[10], a través del «proceso de adhesión» (*Adhäsionsverfahren*)[11].

Las pretensiones acumulables son las patrimoniales[12], y se permite al tribunal remitirlas a la jurisdicción civil si considera que su resolución en el orden punitivo es inadecuado, especialmente si dilatara demasiado la causa (§ 405 StPO)[13].

Por otra parte, no hay una normativa específica sobre responsabilidad civil derivada del delito, sino que el perjudicado ha de solicitar la reparación del daño conforme a la regulación genérica de la responsabilidad por actos ilícitos (*Unerlaubte Handlung*) prevista en el Código civil (§§ 823 a 853 BGB —*Burgerliches Gesetzbuch*—)[14].

Además, los jueces y fiscales no son proclives a ocuparse de asuntos civiles, porque consideran que corresponden a esa jurisdicción. Por eso, a diferencia de nuestro ordenamiento la acción civil no se suele ejercer en el proceso penal.

Junto al proceso de adhesión, la víctima cuenta con otras dos vías de participación en el procedimiento punitivo: la acción privada (§§ 374 y ss StPO), en los delitos personales (injurias, lesiones, allanamiento de morada, amenazas…)[15]; y la acción accesoria, «*Nebenklage*», (§§ 395 y ss StPO), en los delitos públicos (homicidio, secuestro, agresión sexual…)[16]. Mediante estas acciones puede in-

---

10. Roig Torres, M., *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 394 y ss.

11. Kockerbauer, H. P., *Das Adhäsionsverfahren nach der Neuregelung durch das Opferschutzgesetz 1987 und seine rechtliche Problematik*, Peter Lang, Germany, 1993, pp. 33 y 34.

12. Frühauf, L., «Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionspraxis», *Juristische Schriften*, tomo 2, 1988, p. 86; y, Kockerbauer, H.P., *Das Adhäsionsverfahren*…, *op. cit*., p. 59.

13. Kintzi, H., *Täterrechte-Opferrechte. Neue Gewichtung im Strafprozess*, Weisser Ring, Mainz, 1994, p. 70; y, Madlener, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», en VV. AA., *Estudios de Derecho Penal y Criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, tomo II, UNED, Madrid, 1989, pp. 17 y ss.

14. Kaiser, M. en Greer, D. (Ed.), *Compensating crime victims*, Iuscrim, volumen 59, Freiburg, 1996, p. 265.

15. Ebke, W. F. y Finkin, M. W., *Introduction to german law*, Kluger Law International, London, 1996, p. 425; Frühauf, L., «Wiedergutmachung…», *op. cit*., pp. 87 y ss; y, Kockerbauer, H. P., *Das Adhäsionsverfahren…, op. cit*., pp. 27 y ss.

16. Frühauf, L., «Wiedergutmachung…», *op. cit.*, p. 89; y, Kockerbauer, H.P., *Das Adhäsionsverfahren…*, *op. cit*., pp. 28 y 29.

fluir en la pena, pero no obtiene el resarcimiento del daño, salvo que se acuerde remitir a las partes al TOA[17].

3. El TOA en el Código penal

3.1. Determinación de la pena

§ 46 StGB. Fundamentos de la determinación de la pena

«*(1) La culpabilidad del delincuente es el fundamento de determinación de la pena. Deben valorarse los efectos que pueden esperarse de la pena, respecto de la vida futura del delincuente en la sociedad.*

(2) En la determinación el tribunal sopesa las circunstancias que hablan a favor y en contra del autor. Entre ellos deben tenerse en cuenta:

— *los motivos y objetivos del agresor, especialmente si son racistas, xenófobos o de otra manera contrarios a la dignidad humana,*
— *la disposición, que se expresa en el hecho, y voluntad empleada en el hecho,*
— *la medida de la antijuridicidad,*
— *el tipo de ejecución y el efecto culpable del hecho,*
— *los antecedentes del autor, sus circunstancias personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño así como el esfuerzo del autor de lograr un acuerdo con la víctima.*

(3) Las circunstancias que ya forman parte del tipo legal, no pueden tenerse en cuenta».

El § 46 StGB regula los elementos que deben valorarse en la determinación de la pena. Además de la culpabilidad del autor, el tribunal ha de tener en cuenta, entre otras circunstancias, el comportamiento del ofensor tras el hecho, especialmente su intento de reparar el perjuicio, así como su esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación (TOA) con el lesionado.

El contenido de ese pacto no consiste siempre en la restitución del objeto o el pago económico de los perjuicios causados, sino que a veces se concreta en una reparación inmaterial (por ejemplo, la disculpa del ofensor)[18], o en lo que

17. Frühauf, L., «Wiedergutmachung…», *op. cit*., p. 97.

18. Domening, C., *Restorative Justice* …, *op. cit.*, p. 86.

Bannenberg denomina prestaciones simbólicas (por ejemplo, realizar trabajos para ciertas organizaciones de utilidad pública)[19]. Además, el agraviado puede declararse satisfecho con una suma inferior al perjuicio sufrido por el delito. Por el contrario, la indemnización no puede rebasar nunca la cuantía máxima que corresponda según la ley civil[20].

3.2. Atenuación y renuncia a la pena

§ 46 a StGB. Compensación autor-víctima, reparación del daño.

«*El tribunal podrá atenuar la pena, en virtud del § 49 apartado 1, o prescindir de la misma, siempre que en este último caso se trate de una pena privativa de libertad no superior a un año o de una pena pecuniaria de hasta 360 días multa, cuando el autor:*

— *se haya esforzado por llegar a un acuerdo con el lesionado (TOA), ha reparado su acto total o parcialmente o ha pretendido seriamente su reparación; o,*
— *haya reparado a la víctima, totalmente o en su mayor parte, en caso en el que la reparación requiera considerable esfuerzo o desempeño personal*».

En principio, este precepto se aplica a todos los delitos sancionados con las penas señaladas, incluyendo tanto los leves (Vergehen) como los graves (Verbrechen)[21]. Pero por su naturaleza se excluyen los llamados delitos «sin víctima» (Opferlosen), que atentan contra el estado o la comunidad y carecen de un perjudicado concreto. Además, algunos estados aprueban guías donde se sugiere a los fiscales la exclusión de ciertos delitos, como los de violencia doméstica y los sexuales, aunque esta práctica ha sido cuestionada por algunos autores en la medida en que la ley no establece restricciones[22]. En cambio, en el TOA pueden intervenir las personas jurídicas a través de su representante[23].

---

19. Señala Bannenberg que la compensación no sólo va dirigida a reparar los daños materiales de la víctima sino también los efectos negativos que en general le ha producido el delito en su personalidad y forma de vida. Así pues, la compensación va más allá de la reparación de perjuicios, pues ofrece la posibilidad de reducir los daños psíquicos de la víctima, así como de restablecer la confianza en el ordenamiento jurídico. En definitiva, a diferencia de la reparación, esta institución requiere la reconciliación de las partes. Bannenberg, B., *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis*, Forum Verlag Godesberg, Bonn, 1993, pp. 4 y ss.

20. Wambach, T., *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenenstrafrecht*, Max-Planck-Institut fur auslandisches, Freiburg, 1996, p. 10.

21. Lackner, K. y Kühl, K., *Strafgesetzbuch*..., *op. cit*., p. 336; Kilchling, M., «Restorative justice...», *op. cit*., p. 166; y, Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch*..., *op. cit.*, p. 346.

22. Sin embargo, pone de relieve Kilchling que se trata de una práctica «*contra legem*», puesto que la ley no establece ninguna exclusión. Kilchling, M., «Restorative justice...», *op. cit*., p. 166.

23. Lackner, K., *Strafgesetzbuch*..., *op. cit*., p. 319; y, Lackner, K. y Kühl, K., *Strafgesetzbuch*..., *op. cit*., p. 336.

Por lo tanto, el § 46 a StGB permite al tribunal atenuar o incluso prescindir de la pena, pero estas decisiones se adoptan en la sentencia y son susceptibles de recurso[24], a diferencia del § 153 a StPO, donde como se verá se permite al fiscal renunciar a la acusación y al tribunal acordar el sobreseimiento.

La doctrina subraya la diferencia entre los apartados 1 y 2, señalando que el primero otorga primacía a las consecuencias inmateriales del delito, mientras el segundo se centra en la reparación material[25]. Pero en la medida en que se renuncia a la pena, no basta el mero pago de la indemnización. Se exige un esfuerzo del autor que implique el reconocimiento de la norma infringida. Con ello se persigue un fin de prevención especial y de prevención general positiva, de modo que la sociedad ve que el delito no se salda simplemente con el resarcimiento económico, sino que ha de haber un acto de sometimiento del autor al ordenamiento jurídico. Esto contribuye a reforzar la vigencia de la ley y a fomentar una actitud de respeto por parte de los ciudadanos.

El Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichthof*) se pronunció sobre esta norma, en la sentencia de 9 de diciembre de 2002[26]:

«*El legislador, al regular el TOA, tiene la intención de atender a las necesidades de la víctima del delito y también de conseguir que el autor rectifique su visión errónea de lo sucedido y se haga responsable de las consecuencias de la infracción*». «*El legislador no ha plasmado en un proceso formalizado cómo debe ser el TOA al que se refiere esta disposición, debido a la diversidad de normas regionales que lo regulan*». «*Para la existencia de este proceso comunicativo es indispensable que el perjudicado intervenga en el diálogo con el autor sobre las prestaciones ofrecidas como reparación. Un TOA exitoso presupone que la víctima acepte las prestaciones ofrecidas por el autor como compensación de la paz*».

No obstante, señala que los «esfuerzos» del infractor podrán bastar en algún caso para considerar que ha tenido éxito el TOA. En concreto, en los delitos violentos y en los sexuales el acuerdo de compensación es un motivo importante para atenuar la pena.

---

24. Para ello, el órgano judicial debe precisar en la sentencia el alcance del esfuerzo reparador. KILCHLING, M., «Restorative justice…», *op. cit*., pp. 170 y ss.

25. LACKNER, K., *Strafgesetzbuch…*, *op. cit*., pp. 317 y ss.

26. BGH, 9-12-2002— 1 StR 405/02. dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=19.12.2002&Aktenzeichen=1%20StR%20405/02.

3.3. Amonestación con reserva de pena

§ 59 StGB. Presupuestos de la amonestación con reserva de pena

«*(1) Cuando alguien comete hechos sancionados con pena pecuniaria de hasta 180 días multa, el tribunal puede amonestarle, junto al fallo de culpabilidad, determinando la pena y dejándola en suspenso, siempre que:*

— *se espere que el autor no va a cometer en el futuro nuevos delitos, incluso aunque en esta ocasión no se le imponga la pena;*
— *las circunstancias apreciadas en el hecho y en la personalidad del autor hagan conveniente que se perdone la imposición de la pena; y*
— *la defensa del orden jurídico no haga oportuna la imposición de la pena.*

El art. 56 parr. 1º, frase 2ª rige en lo pertinente[27].

(2) Junto a la amonestación, puede acordarse el comiso, la confiscación y la inutilización. No se admite la amonestación con reserva de pena cuando se impone una medida de corrección y seguridad».

§ 59 a StGB. Periodo de libertad condicional, obligaciones e instrucciones

«*(1). El tribunal determina el periodo de libertad condicional. No será inferior a un año ni superior a tres.*

(2). El tribunal puede ordenar al amonestado: 1. Esforzarse para lograr un acuerdo con el perjudicado o de otro modo repararle los daños causados por el hecho (…)».

En este precepto se regula la posibilidad de suspender la sentencia, extinguiéndose el veredicto de culpabilidad si se cumplen las condiciones. De forma que a diferencia del § 46 a StGB no llega a haber sentencia condenatoria, lo que hace que sea una norma impopular con una escasa aplicación práctica[28].

De acuerdo con el § 59 a, el tribunal puede condicionar la decisión a que el acusado se esfuerce por llegar a un acuerdo con la víctima, siempre que esta exigencia no sea desproporcionada[29]. Esta obligación se sitúa en primer lugar entre las que pueden imponerse al culpable, de forma que el legislador parece

27. Esta disposición obliga a valorar la personalidad del culpable y las circunstancias del hecho antes de conceder el beneficio de la suspensión de la pena.

28. Kilchling, M., «*Restorative justice*…», *op. cit*., p. 173.

29. Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch*…, *op. cit*., p. 399.

atribuirle preferencia a las demás previstas en el precepto[30]: cumplir las obligaciones de manutención, pagar una cantidad a una institución de utilidad general o al erario público, someterse a un tratamiento sanitario ambulatorio o de desintoxicación, participar en un programa formativo de interés social o asistir a un curso de seguridad vial.

4. El TOA en el Código Procesal Penal

4.1. Renuncia o suspensión de la acusación

§ 153 a StPO. Renuncia a la acusación, bajo ciertas obligaciones e instrucciones

«*(1) La fiscalía puede renunciar a la acusación, con la aprobación del tribunal competente para acordar la apertura del juicio y del inculpado, en caso de delito menor, sometido al ejercicio de la acción pública, y al mismo tiempo establecer condiciones e instrucciones al acusado, si son adecuadas para eliminar el interés público en el cumplimiento de la ley, y la entidad de la culpabilidad no lo impiden. Como obligaciones o instrucciones se recogen, en particular:*

1º la reparación del daño causado por la infracción, a través de una determinada prestación…
5º esforzarse seriamente en alcanzar un acuerdo con la víctima (compensación autor-víctima) y con ello reparar su acción totalmente o en gran parte o aspirar seriamente a esa reparación».

(2) De haberse ejercido ya la acusación el tribunal puede, con el acuerdo de la fiscalía y del acusado, acordar que continúe el proceso hasta el fin de la vista, donde podrían fijarse los hechos, sobreseerse provisionalmente la causa y al mismo tiempo imponer al inculpado las obligaciones e instrucciones expuestas en el párrafo 1º, puntos 1º y 2º. Las recogidas en los puntos 3º a 6º y el punto 8º rigen de ser posible (...)».

Por lo tanto, en los delitos menores (*Vergehen*), la fiscalía, con la aprobación del tribunal y del inculpado, puede prescindir provisionalmente de ejercer la acusación e imponer a éste determinadas obligaciones. Asimismo, el tribunal puede ordenar la continuación del proceso hasta concluir la vista y después acordar el sobreseimiento provisional, con iguales condiciones.

---

30. Se trata, así, de reforzar el uso del TOA en el proceso penal de adultos y de lograr la reparación de perjuicios. TRÖNDLE, H. y FISCHER, T., *Strafgesetzbuch*…, *op. cit*., p. 495.

Son delitos menores los sancionados en la ley con una pena privativa de libertad mínima no superior a un año y para los que se prevé el sobreseimiento[31].

Entre las obligaciones que pueden imponerse al culpable se halla que se esfuerce seriamente en alcanzar un acuerdo con la víctima. A estos efectos la reforma de 6 de julio de 2013 modificó el § 136 StPO para disponer que en el primer interrogatorio que se haga al acusado se le debe informar acerca de la posibilidad de realizar un encuentro con la víctima (TOA)[32].

4.2. Valoración preceptiva de la mediación

§ 155 a StPO. Compensación autor-víctima

«La fiscalía y el tribunal deberían buscar en cada etapa del proceso la posibilidad de alcanzar una compensación entre el acusado y el perjudicado. En los casos adecuados se debe trabajar en ese sentido. No será adecuado el caso de haber manifestado el perjudicado expresamente su deseo en contra».

Sobre esta norma, el Tribunal Supremo alemán, en la citada sentencia de 9 de diciembre de 2002, declaró que su contenido no conlleva el derecho del inculpado a la paralización del proceso.

El acusado de un delito de violación reclamó que se suspendiera la causa para permitirle reunirse con la víctima (TOA), y su pretensión fue denegada por el tribunal de instancia. En la vista pidió disculpas a la agraviada y le entregó una cantidad económica (3500 euros) como compensación, lo que dio lugar a una atenuación de la pena. El condenado recurrió por estimar que se había violado su derecho a la suspensión del juicio para conseguir un acuerdo de compensación, en virtud del § 155 a StPO.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, señalando que el tenor literal de este precepto no conlleva el derecho del encausado a la interrupción de la causa o a la suspensión de la vista.

4.3. Información al centro de mediación

§ 155 b StPO. Ejecución de la compensación autor-víctima

---

31. Kilchling, M., «Restorative justice…», *op. cit*., p. 167.

32. dejure.org/gesetze/StPO/136.html.

«*1º. La fiscalía y el tribunal pueden, con el propósito de alcanzar una compensación autor-víctima o una reparación del perjuicio, transferir, de oficio o a petición de alguna parte, los datos personales necesarios para este fin. También pueden enviarse las actuaciones al organismo competente para su examen, en la medida en que el suministro de información requiera un esfuerzo desproporcionado. En caso de que la entidad no tenga carácter público, debe tenerse en cuenta que los datos sólo deben usarse con el fin de alcanzar esa compensación o reparación*»[33].

Este precepto faculta al fiscal y al tribunal para facilitar datos personales de las partes al centro encargado del TOA, e incluso les permite remitir la causa si la selección de la información supone un esfuerzo desproporcionado, de modo que sea el propio centro el que valore la idoneidad del encuentro.

Esa información sólo puede utilizarse a los fines del TOA y su entrega requiere en todo caso el consentimiento del afectado. Además, el centro debe destruirla en el plazo de un año desde la finalización del proceso, para lo que se prevé que la fiscalía o el tribunal han de comunicarle este término. Las medidas de control de los datos son mayores cuando el organismo encargado del TOA no es público.

5. Procedimiento y centros de mediación

El «*Täter-Opfer-Ausgleich*» se puede iniciar de tres formas distintas[34]. En primer lugar, por iniciativa de los interesados, si le manifiestan al juez, al fiscal, a la policía, o a un centro de mediación, su intención de acudir a dicho procedimiento. A la inversa cabe que una vez logrado un acuerdo, sin intervención del mediador, lo sometan a la consideración del juez y el fiscal para que apliquen la normativa legal. En segundo lugar, si la policía informa a las partes de esta posible vía y se muestran favorables, debe comunicarlo a la fiscalía. Finalmente, la propuesta puede partir del Ministerio Público o del órgano judicial. De

---

33. § 155 b StPO: «(...) 2º. *El órgano competente sólo puede procesar y utilizar la información personal prevista en el párrafo 1 en la medida en que sea necesario para lograr la compensación o la reparación citadas y siempre que ello no sea contrario a algún interés legítimo del afectado, digno de protección. Es preciso que el interesado haya dado su consentimiento para el uso de tales datos y ello sea necesario para la ejecución de la compensación o la reparación. Después de completar su trabajo, el organismo informará, en la medida necesaria, al fiscal o al tribunal.*
3º. Si el organismo competente no tiene carácter público, son aplicables las disposiciones del capítulo tercero de la Ley Federal de Protección de Datos.
4º. Los documentos que contienen los datos personales, a los que se refiere el apartado 2º de este precepto, serán destruidos por el organismo competente tras el trascurso de un año desde la conclusión del proceso penal. La fiscalía o el tribunal tienen el deber de comunicar inmediatamente, de oficio, al organismo competente la fecha de conclusión del procedimiento».

34. Catalina Benavente, M. A., «Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, número 3, 2014, pp. 51 y ss, http://ceej.es/pdf/Catalina.pdf.

acuerdo con el § 155 a StPO, el fiscal debe valorar la oportunidad de remitir el asunto al TOA y ésta es la forma más común de iniciarlo, aunque el porcentaje de asuntos enviados sigue siendo llamativamente bajo. De los casos susceptibles de TOA los fiscales sólo derivan el 13%, lo que se explica por la elevada carga de trabajo y sus recelos hacia la institución. Asimismo, según ese precepto también el tribunal debe considerar la conveniencia de la mediación. Sin embargo, si el fiscal no lo ha propuesto antes es difícil que una vez comenzado el juicio oral se paralice la causa, teniendo en cuenta el volumen de asuntos que colman los juzgados y la dilación que supondría la suspensión. Además, los jueces también son reticentes al TOA.

En cuanto a los centros de mediación, en Alemania hay servicios tanto públicos como privados. Los primeros cuentan con financiación pública y son los propios miembros del personal judicial los que actúan como mediadores. El principal inconveniente es la carga de trabajo que supone para esos funcionarios, aunque se apunta también su falta de formación idónea. En las oficinas privadas, en cambio, los mediadores cuentan con una especialización adecuada, pero las subvenciones públicas que reciben son menores. Estas dificultades prácticas han determinado un descenso importante en el número de asuntos sometidos al TOA en los últimos años. No obstante, diversas instituciones tratan de potenciar su uso, en particular, la organización nacional que supervisa los servicios de mediación de Colonia (*Servicebüro TOA*) y la asociación nacional de programas de mediación *(Bundesarbeitsgemeinschaft Täter-Opfer-Ausgleich*), que incluso otorgan certificados de calidad a algunos de ellos[35].

Como novedad, desde la Ley que refuerza los derechos de la víctima en el proceso penal (*Gesetz zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren*), de 21 de diciembre de 2015, que entró en vigor el 1 de enero de 2017, se prevé para algunas víctimas (sobre todo, niños, jóvenes y víctimas de delitos violentos) el acompañamiento durante el proceso de un experto psicosocial a cargo del estado, cuando el tribunal lo estime pertinente[36].

6. Críticas

En Alemania el TOA ha sido censurado por un sector doctrinal porque lo considera un cuerpo extraño al sistema penal. A su juicio, se trata de una figura no asimilable a la pena, que por naturaleza supone un mal, de manera que no cum-

35. Kilchling, M., «Restorative justice…», *op. cit.*, pp. 158 y 159.

36. Schwendner, R., «Psychosozialer Prozessbegleiter im Strafprozess», *Zeitschrift für Konflictmanagement*, número 2, 2016, pp. 52 y 53.

ple los fines atribuidos a esta sanción[37]. Además, se aduce que la reparación es una obligación civil, por lo que la actuación del Derecho penal es superflua[38].

Por otra parte, algunos autores subrayan que se trata de un beneficio para el autor y no de una tercera vía, como proponía ROXÍN. En 1992 un grupo de penalistas alemanes, austriacos y suizos, elaboraron el llamado «Proyecto Alternativo» (*Alternativ-Entwurf*) de Código penal[39]. Entre las propuestas que formulaban estaba la introducción de la reparación del daño como «tercera vía» de sanción, junto a la pena y las medidas de seguridad, a las que en algunos casos podría sustituir. No obstante, no tendría fines propios, sino que contribuiría a lograr la prevención general y especial. En cuanto a la primera desempeñaría su función en el ámbito de la prevención general «positiva», o «integradora». Es decir, ayudaría a mantener la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico, al ver restablecida la paz social alterada por el delito. Sin embargo, este planteamiento ha sido rechazado por numerosos autores, que ven en esa propuesta un peligro para la prevención negativa o intimidatoria.

Además, dice ALBRECHT que el TOA abre una brecha entre los delitos con víctimas individuales, en los puede dar lugar a una atenuación o incluso a la omisión del castigo, y los que atentan contra bienes colectivos, excluidos de la vía extrajudicial. Dice este autor que esa institución supone la existencia de un «Derecho comprable» junto a otro que no admite esta transacción. Por su parte, HASSEMER señala que el principio de oportunidad da lugar a soluciones desiguales y difícilmente controlables al quedar sustraído el conflicto al principio de publicidad[40]. Se cuestiona también la observancia de las garantías del Estado de Derecho, en la medida en que el procedimiento extrajudicial no se celebra ante un juez imparcial.

---

37. ALDONEY RAMÍREZ, R., «Mediación penal y justicia alternativa», *Revista Penal*, número 39, 2005, pp. 185 y ss; y, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño…*, *op. cit*., pp. 394 y ss.

38. No obstante, un sector doctrinal muestra las virtudes de este nuevo enfoque. KERNER, H.J., «Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich», en HAFT, F. y GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, K. (Dirs.), *Handbuch Mediation*, 3ª edición, C.H.Bech, München, 2016, pp. 1097 y ss.; y, MATT, E. y WINTER, F., «Täter-Opfer-Ausgleich. Auf dem Weg zu einer gemeinschaftlichen Konfliktlösung», en OCHMANN, N., SCHMIDT-SEMISCH, H. y TEMME, G. (Dirs.), *Healthy Justice. Überlegungen zu einem gesundheitsförderlichen Rechtswesen*, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2016, pp. 167 y ss. Trencek propone el TOA incluso para delitos graves y lo configura como un fin del Derecho penal. TRENCZEK, T., «Mediation und Täter-Opfer-Ausgleich. Wesensmerkmale und fachliche Standards», *Zeitschrift für Konflictmanagement*, número 1, 2016, pp. 4 y ss.

39. ROXIN, C., «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», en VV. AA., *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 83 y ss.; «Die Wiedergutmachung…», *op. cit*., pp. 37 y ss.; «La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania)*, 1991, pp. 19 y ss.; y, «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en VV.AA., *De los delitos y de las víctimas*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

40. HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, (traducción de F. MUÑOZ CONDE y Mª del Mar DÍAZ PITA), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 64 y 65.

7. La mediación «reglada» en los textos de reforma españoles

En nuestro Derecho los principios de legalidad y de necesidad determinan la obligación del fiscal de acusar en todos los delitos perseguibles de oficio. Ahora bien, podría introducirse una regulación similar a la del ordenamiento alemán, permitiendo en casos tasados renunciar a la acusación o a la pena cuando se estime que su omisión no perjudicaría los fines preventivos del Derecho punitivo.

Así se contempló en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal[41], que dedicaba un capítulo a la mediación penal, regulándola como un medio en manos del juez y del fiscal, que podrían atribuirle eficacia respecto a la pena y el proceso, pero siempre con arreglo a las normas que fijan esos posibles efectos.

En concreto, el resultado obtenido podía suponer el archivo de la causa (en delitos castigados con penas de prisión de hasta 2 años, multa, o privativas de derechos de hasta 10 años), o determinar la suspensión del procedimiento (en delitos castigados con penas de prisión de hasta 5 años o de otra clase), condicionando el sobreseimiento al cumplimiento de ciertas obligaciones (indemnizar a la víctima, darle satisfacción moral, pagar una cantidad para obras sociales o comunitarias, etc.). El acuerdo también podría dar lugar a una atenuante cuando se adoptase en el juicio oral. No obstante, en los dos primeros casos se requería que la comisión de la infracción hubiese causado a su autor un perjuicio grave que hiciera innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena. Además, se excluían determinados supuestos (concurrencia de violencia o intimidación, condenas anteriores, disfrute previo del archivo por razones de oportunidad, víctima menor de 14 años, violencia de género y delitos de corrupción).

Ahora bien, pasar del régimen actual de suspensión de las penas de prisión no superiores a dos años a esa posibilidad de prescindir de sanciones de hasta cinco años parece excesivo. De hecho, el Código penal permite condicionar la suspensión de la ejecución al acuerdo adoptado en la mediación, pero no establece otras consecuencias para sanciones superiores, distintas a la atenuante genérica. Se advierte, pues, un desajuste entre la regulación sustantiva y la procesal. En mi opinión, el archivo o el sobreseimiento en virtud del resultado de la mediación se deberían limitar también a los delitos sancionados con prisión que no rebase los dos años.

---

41. En concreto, el Capítulo III (arts. 157 a 161), del Título V («Las formas especiales de terminación del procedimiento penal»), del Libro I («Disposiciones generales»). Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011. (Puede consultarse en: www.notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf).

Posteriormente, la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentada por el Ministerio de Justicia, incluía un Título sobre «La mediación penal»[42]. Pero la normativa era mucho más escueta que la del Anteproyecto anterior. Se hacía una remisión a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en cuanto a los principios y desarrollo, y también respecto al acuerdo de mediación[43]. No se concretaban las consecuencias de este convenio, que por el momento son las previstas en la regulación vigente, sin recoger otras posibilidades adicionales de archivo o sobreseimiento.

A mi modo de ver, la dirección correcta era la iniciada en el primer texto, regulando la mediación en la propia ley procesal penal, en lugar de enviar para cuestiones esenciales como el acuerdo entre las partes a la legislación civil, donde priman los intereses económicos y están ausentes los objetivos de la justicia restauradora. Por otra parte, en la nueva regulación se ha de incluir la posibilidad de renunciar a la acusación o de sobreseer la causa, puesto que en el Código penal sólo se tiene en cuenta en fase de ejecución para conceder la suspensión, además de la atenuante de reparación. Las consecuencias previstas en el Anteproyecto inicial eran adecuadas, aunque algo excesivas en cuanto a las penas disponibles.

8. Bibliografía

ALDONEY RAMÍREZ, R., «Mediación penal y justicia alternativa», *Revista Penal*, número 39, 2005.

BANNENBERG, B., *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis*, Forum Verlag Godesberg, Bonn, 1993.

CATALINA BENAVENTE, M. A., «Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, número 3, 2014.

DÖLLING, D., «Der Täter-Opfer-Ausgleich», *Juristen Zeitung ,* número 10, 1992.

FRÜHAUF, L., «Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionspraxis», *Juristische Schriften*, tomo 2, 1988.

42. El Título VI («La mediación penal») del Libro II («Disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal»). Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, presentada por el Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013, www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292387342364?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_texto_articulado_L.E.Crim..PDF.

43. Llama la atención esa disposición cuando el artículo 2.2 a) de esta ley excluye de su ámbito de aplicación la mediación penal. Puede verse un comentario en, GUARDIOLA GARCÍA, J., «El compromiso internacional con la mediación penal y su vigencia en España», en CERVELLÓ DONDERIS, V. (Coord.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 52 y ss.

Guardiola García, J., «El compromiso internacional con la mediación penal y su vigencia en España», en Cervelló Donderis, V. (Coord.): *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, (traducción de F. Muñoz Conde y Mª del Mar Díaz Pita), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Kaiser, M., en Greer, D., *Compensating crime victims*, Iuscrim, volumen 59, Freiburg, 1996.

Kerner, H. J., «Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich», en Haft, F. y Gräfin von Schlieffen, K. (Dirs.), *Handbuch Mediation*, 3ª edición, C.H.Bech, München, 2016.

Kilchling, M., «Restorative justice developments in Germany», en Miers, D. y Aertsen, I., *Regulating restorative justice*, Verlag für Polizei wissenschaft, Germany, 2012.

Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch. Lehr—und Praxiskommentar*, 5ª Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013.

Kintzi, H., *Täterrechte-Opferrechte. Neue Gewichtung im Strafprozess*, Weisser Ring, Mainz, 1994.

Kockerbauer, H. P., *Das Adhäsionsverfahren nach der Neuregelung durch das Opferschutzgesetz 1987 und seine rechtliche Problematik*, Peter Lang, Germany, 1993.

Lackner, K., *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen*, C.H. Becksche Verlagsbuchhandlung, 22 Auflage, München, 1997.

Lackner, K. y Kühl, K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, C.H. Beck, München, 2011.

Madlener, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», en VV. AA., *Estudios de Derecho Penal y Criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, tomo II, UNED, Madrid, 1989.

Matt, E. y Winter, F., «Täter-Opfer-Ausgleich. Auf dem Weg zu einer gemeinschaftlichen Konfliktlösung», en Ochmann, N., Schmidt-semisch, H. y T*emme*, G. (Dirs.), *Healthy Justice. Überlegungen zu einem gesundheitsförderlichen Rechtswesen*, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2016.

Pfeiffer, C., «Täter-Opfer-Ausgleich-Das trojanische Pferd im Strafrecht», *Zeitschrift fur Rechtspolitik*, número 9, 1992.

Rendon, J., «Mediación entre víctima y ofensor», www.mediate.com/people/personprofile.cfm?auid=20.

Roxin, C., «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», en VV. AA., *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980.

— «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en Schöch, H. (Dir.), *Wiedergutmachung und Strafrecht. Neue Kriminologische Studien*, Wilhelm Fink, München, 1987.

— «La posizione della vittima nel sistema penale», *L'Indice Penale*, 1989.

— «La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* (Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania), 1991.

— «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en VV. AA., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Argentina, 1992.

Schwendner, R., «Psychosozialer Prozessbegleiter im Strafprozess«, *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, número 2, 2016.

Schwendner, R. y Wenzel, W. M., *Psychosoziale Prozessbegleitung-Chancen der Mediation im Strafprozess*, 2016, www.istob-aka.de/wp-content/uploads/Chancen-der-Mediation-im-Strafprozess-Schwendner-Wenzel.pdf.

Trenczek, T., «Mediation und Täter-Opfer-Ausgleich. Wesensmerkmale und fachliche Standards», *Zeitschrift für Konflictmanagement*, número 1, 2016.

TRÖNDLE, H. y FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006.

VIEHMANN, H., «Täter-Opfer-Ausgleich und Strafrecht», *Neue Justiz*, número 9, 1992.

WAMBACH, T., *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenenstrafrecht*, Max-Planck-Institut fur auslandisches, Freiburg, 1996.

¿Hasta cuándo vamos a seguir así señor/a legislador/a? o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente[1]

Ixusko Ordeñana Gezuraga
Profesor Agregado de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

1. Contextualización de la mediación penal en el ámbito del derecho jurisdiccional diversificado

1.1. El derecho jurisdiccional diversificado

Denominamos *derecho jurisdiccional diversificado* a la rama del derecho que se centra en el estudio del sistema de mecanismos de resolución de conflictos jurídicos que el Estado ofrece a la ciudadanía. Entendida como última fase en la evolución de la disciplina jurídica a la que tradicionalmente se ha llamado *derecho procesal* y a la que actualmente se denomina *derecho jurisdiccional*[2], bebiendo de la evolución del movimiento mundial *Alternative Dispute Resolution* (en lo sucesivo, ADR)[3], fijándose especialmente en las debilidades que

1. Investigación realizada en el contexto de los Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2016-74945-R del («Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia») y DER2015-64506-C2-2-R («La tutela procesal de las víctimas de la violencia de género: el Estatuto de la víctima del delito») y el Proyecto de investigación GIC IT675-13 y de la UFI, dedicados al estudio de la integración política y económica europea.

2. Se debe este último concepto a Montero Aroca, quien, ya hace años, apuntó y razonó que la rama del Derecho a la que se venía denominando Derecho Procesal ordena otros elementos, además, del proceso: la jurisdicción y la acción. Argumenta, al tiempo, que el elemento eje de la materia es la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial, mediante la que los jueces y magistrados cumplen la función jurisdiccional que les encomienda la Constitución española (en lo sucesivo, CE) y la ciudadanía satisface el derecho a la tutela judicial efectiva que le reconoce la Carta Magna. Lo explica, Montero Aroca, J., «Del derecho procesal al derecho jurisdiccional», *Justicia*, número 2/1984 y, del mismo autor, *El derecho procesal en el siglo xx*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 19-45.

3. Describimos su transformación, incidiendo en su conversión en el ODR (*On line Dispute Resolution*) y en el uso que de los mecanismos privados hace el propio poder judicial, Ordeñana Gezuraga, I., *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid 2009.

muestra la jurisdicción en la resolución de conflictos[4] y en la necesidad del Estado de ofrecer a sus pobladores un espectro de técnicas de resolución de conflictos para que ellos elijan la que más les interesa en el caso concreto, en cuanto forma de garantizar el acceso a la justicia de toda la ciudadanía,[5] dos son sus bases o fundamentos: (1) la jurisdicción y los tradicionalmente llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos son complementarios, integrando todos ellos el sistema estatal de resolución de conflictos y (2) es la jurisdicción la que dota de garantías a los mecanismos ADR. Fijémonos sucintamente en ambos pilares.

En relación al primer fundamento, tenemos que partir de una constatación: No existe mecanismo de resolución de conflictos jurídicos perfecto; tanto la jurisdicción, como las técnicas alternativas de resolución de disputas presentan bondades e inconvenientes[6]. Conviene destacar, al tiempo, que lejos de ser vías contrarias, el sistema jurisdiccional y el extranjurisdiccional son complementarios[7]; debemos, en este sentido, reconocer la imprescindibilidad de la jurisdicción en relación a los conflictos indisponibles y que los procedimientos extrajurisdiccionales están llamados a mejorar aquélla[8]. Bajo este prisma, somos firmes defensores de que un Estado Democrático Social y de Derecho desarrollado, como es España, debe ofrecer a los justiciables una amplia gama de mecanismos de resolución de conflictos —la jurisdicción entre ellos— para que aquéllos, en la coyuntura concreta, utilicen el que más les convenga[9]. Luego,

---

4. Entendiendo por jurisdicción el Poder Judicial, los órganos judiciales y los jueces y magistrados que los sirven, y la función que desarrollan. Ahondamos en todas sus debilidades (carácter combativo, carestía, dilación, ...), ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Solución jurisdiccional del conflicto laboral vs solución extrajurisdiccional*, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao 2009.

5. Ambas ideas (la necesidad del Estado de garantizar el acceso a la justicia a toda la ciudadanía y su obligación, al efecto, de ofrecerle un espectro de mecanismos —entre ellos, la jurisdicción—) se enfatizaron en la Conferencia Pound (Saint Paul, Minnesota 1976), que es considerado el acto que dio inicio al movimiento mundial ADR. Lo muestran sus actas, LEVIN, A. y WHELLER, R. (Eds.), *The Pound Conference: Perspectives of Justice in the future*, Saint Paul, Minnesota, 1979 y SANDER, F.E.A., *Conference on Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, National Center for State Courts, Washington 1976.

6. Lo argumentamos, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, número 2/2017.

7. Por ello, es más acertado, referirnos a los mecanismos ADR como técnicas complementarias y no alternativas a la jurisdicción. El ADR se lee ahora como *Adequate Dispute Resolution*.

8. Traemos a colación, al respecto, las dos tendencias que divisamos, en la doctrina española, en relación a la forma de mejorar la jurisdicción. Unos entienden que es cuestión de medios materiales: dedicando más recursos al Poder Judicial se pueden corregir la mayoría de sus defectos. Otros mantienen —nosotros entre ellos— que la vía jurisdiccional, por su naturaleza, características y funcionamiento, siempre va a padecer los mismos defectos o similares, por ello, postulan que su superación no puede provenir de dedicar más recursos a la misma, sino de desarrollar los mecanismos extrajurisdiccionales. Reparan en la discusión, MUÑOZ SÁBATE, L., «La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma», *La Ley*, volumen 3/1995 y NABAL RECIO, A., «Crítica de nuestro sistema procesal», *Revista del Poder Judicial*, número 53/1995.

9. En nuestro favor apunta que el ADR es la consecuencia de la creación del Estado de Bienestar, en cuanto intento de alcanzar una solución al problema de acceso a la justicia, BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos*.

postulamos un sistema de resolución de conflictos integrado de dos subsistemas (propiamente jurisdiccional y extrajudicial), si bien este sistema global estatal debe articularse en torno a los Tribunales de Justicia.[10] Viene a corroborar esta centralidad de la jurisdicción, en el sistema estatal de resolución de conflictos, lo que entendemos como segunda base del derecho jurisdiccional diversificado: corresponde a la jurisdicción o Poder judicial, en ejercicio de la función jurisdiccional, dotar de garantías a los mecanismos complementarios. Al efecto, debe desarrollar dos labores principales: asistencia en su desarrollo y control de su resultado[11].

1.2. La mediación penal en cuanto instrumento del derecho jurisdiccional diversificado con énfasis en sus bondades

En el actual contexto de crisis del sistema penal vigente, ante las taras que muestran el derecho sustantivo penal y el derecho jurisdiccional penal en la resolución del conflicto penal[12], en la búsqueda de alternativas que satisfagan más y mejor a la sociedad, al delincuente y a la propia víctima, la mediación penal aparece como la mejor opción. Prescindiendo de definiciones ajenas, entendemos por mediación penal el mecanismo en el que las partes del conflicto penal, infractor y víctima, protagonizan la resolución de aquél con la ayuda de un tercero imparcial, antes, durante o después del proceso penal;

«*Alternative Dispute Resolution*» *(ADR) y Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 45. En sentido similar, mantiene que «l*a existencia de un estado democrático de derecho, de un proceso debido en su faceta jurisdiccional, es presupuesto ineludible para que las formas y técnicas RAC/ADR puedan desarrollarse»,* Esparza Leibar, I., «El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la justicia en la resolución de conflictos. La contribución de la RAC/ADR», en Etxebarria Estankona, K. y Ordeñana Gezuraga, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p. 57.

10. En la línea del *multidoor-courthouse* configurado por el profesor Sander, uno de los protagonistas de la mentada Conferencia Pound. En ésta (Saint Paul, Minnesota 1976) —como recogen sus actas, *vid*., en este sentido, nota a pie de página 5— y en posteriores trabajos del propio profesor de Harvard, éste postula que los Tribunales de Justicia deben convertirse en «Centros de Resolución de Conflictos», para ofrecer el mecanismo adecuado al conflicto jurídico determinado. Defiende, en este sistema, el papel central de los órganos judiciales. Así, por ejemplo, Sander, F.E.A., «Alternative methods of dispute resolution: an overview», en Freeman, M. (Ed.), *Alternative Dispute Resolution,* Darmouth, Sidney, 1995, p. 97. Entendemos que mientras nuestro sistema judicial no se articule en este sentido —especialmente mediante la adaptación a la nueva realidad o paradigma de justicia del art. 24 CE— deben ser los abogados los que asesoren respecto al mecanismo más adecuado en cada caso a sus clientes.

11. Lo exponemos, en relación al arbitraje, Ordeñana Gezuraga, I., «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *op. cit.*, y en aplicación a la mediación y la conciliación, con especial atención al ámbito laboral, Ordeñana Gezuraga, I., *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdisccionales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada 2009.

12. Se remarca que la pena, especialmente la privativa de libertad, no cumple adecuadamente ninguna de las funciones que se le reconocen (retributiva y de prevención general y especial). Se detectan abundantes debilidades, igualmente, en el enjuiciamiento de los tipos penales. Con todo, parece que el sistema penal español no satisface ni al delincuente, ni a la sociedad ni a la propia víctima, especialmente olvidada. Describimos la situación, con apoyo doctrinal, Ordeñana Gezuraga, I., «Penal mediation service in a Basque urban local court», *Oñati socio-legal series*, número 9/2011.

apoyándose, al efecto, en el diálogo y entendimiento recíproco, dando voz a la víctima y responsabilizando al delincuente, al tiempo que se ofrece a este último la oportunidad de reparar el daño causado a aquélla, contribuyendo así a la mejora del sistema jurisdiccional.[13] De esta definición podemos inferir sucintamente sus características, interesándonos especialmente la última:

(1) Este instrumento de resolución del conflicto penal es expresión o especie de la justicia restaurativa o restauradora, que es un paradigma de justicia consensual y negociadora, que huye de la idea de justicia meramente retributiva.[14]
(2) Estrechamente vinculado, y ahondando en su metodología, la mediación penal se basa en la libertad de las partes y en el diálogo y entendimiento recíproco como método para componer pacíficamente su controversia[15].
(3) Es más, si en el proceso penal las partes son despojadas de su conflicto, quedando la gestión y arreglo de éste en manos exclusivas de los jueces, la mediación penal convierte a la víctima y al victimario, en protagonistas de su solución[16]. Es una técnica que da voz a la víctima, sacándola del letargo al que la ha sometido el modelo de justicia meramente retributiva[17], y que,

---

13. Presentamos esta definición, Ordeñana Gezuraga, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el Derecho Jurisdiccional penal español*, IVAP, Bilbao 2014, p. 208. Entre otras definiciones que se han dado en España, González Cano, M. I., «La mediación penal en España», en Barona Vilar, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 25, «*la mediación, como sistema de gestión de conflictos, se define, como aquel en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica*».

14. Explicamos los elementos principales de esta justicia restaurativa y la concepción del conflicto penal y del delincuente y víctima que conlleva, ahondando en el cambio de paradigma de la justicia retributiva (*retributive justice*) a la justicia restaurativa (*restaurative justice*), Ordeñana Gezuraga, I., «Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona», en VV.AA., *Innovación para el progreso social sostenible. XVII Congreso de Estudios Vascos*, Eusko Ikaskuntza-Instituto de Estudios Vascos, San Sebastián 2012, pp. 1937-1956.

15. Sólo las partes del conflicto penal concreto pueden optar por renunciar a «la solución vertical» o exclusivamente jurisdiccional del conflicto, eligiendo una solución horizontal del mismo. Esta opción requiere, lógicamente, que las partes sólo pueden someterse a mediación penal conociendo (1) qué es (2) cómo se desarrolla (sus fases) (3) sus consecuencias y (4) que, en cualquier momento, la pueden abandonar. Al mismo tiempo, el recurso a la mediación nunca puede significar el reconocimiento de la comisión de los hechos o la culpabilidad por una de las partes, porque ello supondría la infracción más grave de la presunción de inocencia. En este contexto, nunca se puede utilizar el término «proceso» para referirse a la tramitación de esta técnica, por ser éste exclusivo del derecho jurisdiccional y responder al principio de dualidad de posiciones. Con rigor absoluto, nos tenemos que referir al «procedimiento» de mediación penal (tramitación sin dualidad de posiciones), que, a su vez, debe ser poco formalista, rápido y eficaz.

16. Ello permite que, a diferencia de lo que acontece en el proceso penal, los protagonistas del conflicto saquen y muestren sus sentimientos y emociones. Ellas deciden, en primer lugar, hacerse con los mandos de la resolución de su disputa, optando por el restablecimiento del diálogo roto por el delito, apostando por la comunicación y la interacción recíproca. En sus manos queda, en gran medida, a posteriori, también, la decisión de la forma de la tramitación (lugar, tiempo, …) y, por último, su resultado. Lo enfatizamos, Ordeñana Gezuraga, I., «Where is the victim in Spanish Criminal procedure? A reflection on position of the victim in Spanish legal system», en VV.AA., *International Conference of Education, Research and Innovation*, IATED, Sevilla, 2013, pp. 5666-5674.

17. Es, así, la mediación penal un instrumento que pone cara a la víctima en la sociedad, contribuyendo a que aquélla se sienta escuchada, comprendida, arropada y reparada. Lo remarcamos, Ordeñana Gezuraga, I., «La mediación penal:

al mismo tiempo, responsabiliza al delincuente, ofreciéndole la oportunidad de reparar el daño causado a la primera[18]. Esencial resulta, asimismo, la intervención del tercero mediador, que actuando *intra partes*, de forma imparcial y confidencial, da nombre al mecanismo, ayudando a aquéllas a obtener un acuerdo[19].

4) Por último, pero no menos importante, para terminar de analizar las características de la mediación penal, debemos fijarnos en la relación de ésta con la jurisdicción. Si bien aquélla es una técnica extrajurisdiccional, por su actuación en el ámbito de aplicación del *ius puniendi* del Estado, no se puede entender fuera del marco de la jurisdicción y su función. Debemos traer a colación, en este sentido, el concepto de derecho jurisdiccional diversificado. Y, conforme a él, la mediación penal no puede pretender ni debe sustituir al proceso jurisdiccional; justo al contrario, debe erigirse en un instrumento para mejorar aquél, en el marco del derecho jurisdiccional diversificado[20]. Se puede acudir a aquélla antes, durante o después del proceso penal, sin merma alguna del *ius puniendi* del Estado, ni de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas[21], correspondiendo a los jueces, previo acuerdo con el Ministerio Fiscal, derivar un caso a mediación, y recoger (o traducir) su resultado en el proceso penal, como sobreseimiento, conformidad o beneficio en la pena o en su ejecución. En este sentido, hablamos de la oficialidad de la mediación penal, que justifica el carácter

---

la oportunidad de dignificar a la víctima y de mejorar el proceso jurisdiccional penal. La experiencia del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo (Bizkaia)», en VV. AA., *XV Congreso mundial de la sociedad internacional de criminología*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2008, pp. 685-686. En el mismo sentido, Barona Vilar, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», *Revista del Poder Judicial*, número 94/2012.

18. La mediación penal pone al agresor en frente de la víctima, con el objetivo de que aquél repare el daño causado al tiempo que se responsabiliza de la transgresión de las normas sociales y penales cometida, sintiendo el arrepentimiento e interiorizando su culpa y aquellas normas de convivencia que ha infringido, contribuyendo, de esta guisa, a la paz social de la comunidad. Con todo, la reparación a la víctima y a la sociedad, bien simbólica (el arrepentimiento y la petición de perdón), bien material (abonar una cantidad de dinero, realizar un servicio social, …) es el centro del nuevo paradigma de justicia restauradora, en su cometido de ofrecer una alternativa no punitiva o minimizadora de la respuesta penal, introduciendo elementos educativos y preventivos de conductas delictivas futuras en el Derecho penal.

19. Su tarea consiste en hacer que las partes se escuchen y respeten; que conviertan los reproches en entendimientos. Dirige el procedimiento, ayudando, en definitiva, a obtener un acuerdo que satisfaga las necesidades de ambas conforme a los postulados de la justicia restaurativa. Ahonda en la figura, Barona Vilar, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo xxi. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, número 26/2009.

20. Al respecto, entre muchos, Barallat López, J., «La mediación en el ámbito penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 29/2013, cuando enumera las ventajas de esta técnica (proporciona mayor protagonismo a la víctima e implica directamente al delincuente en la reparación integral del daño originado por el delito), apunta que «*la mediación serviría de instrumento de agilización de un sistema penal atascado, pudiendo los tribunales concentrar sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de delitos más graves, para los que la mediación no fuera posible o conveniente*».

21. No puede la mediación penal escapar en ningún caso de la legalidad (entendiendo por parte de ésta los derechos y garantías típicas de la vía jurisdiccional —imparcialidad del tercero, la presunción de inocencia, la igualdad y contradicción de las partes,…—), sin perjuicio de que se apoye más en el principio de oportunidad que en el de necesidad.

de servicio público gratuito de la mediación penal en el marco del derecho jurisdiccional diversificado[22].

2. Sobre la falta de apuesta firme por la mediación penal en el ordenamiento jurídico español hasta la actualidad

2.1. Marco jurídico en el que se está implementando la mediación penal en España

Conscientes de sus bondades, se está practicando mediación penal en España desde principios de los noventa del milenio pasado.[23] El problema, no obstante, es la falta de ordenación sistemática y completa del instrumento en el marco del derecho jurisdiccional diversificado. Más de 20 años después de las primeras experiencias piloto en la materia, a día de hoy, la mediación penal se está implementando apoyada en protocolos[24], y en disposiciones legislativas aisladas y no coordinadas. Sin incidir en los primeros[25], fijémonos sucintamente en los preceptos que, en nuestro ordenamiento jurídico, alimentan la mediación penal, configurando una justicia más restaurativa. (1) Así, en el derecho penal de adultos, es causa genérica de atenuación de la responsabilidad criminal el haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 21.5 Código Penal[26]); (2) del mismo modo, se ordena la reparación a la víctima como atenuante específica en algunos delitos[27]; (3) en determinados delitos la reparación produce la exención de

---

22. Sobre el vínculo mediación-principio de oportunidad, DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3/2006.

23. Debemos ubicar las primeras experiencias en los años 1992-1993 en el País Vasco y en Valencia, en torno a sus Consejerías de Justicia y las respectivas Oficinas de Atención a la Víctima. Relata sus génesis, desarrollo y evaluación, VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, pp. 268 y ss. En relación a la Comunidad valenciana, DE JORGE MESAS, L. F., «La mediación en el proceso penal español: experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 498/2001.

24. A nivel estatal, recoge el suyo el CGPJ (visible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/). El vasco se muestra en: www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DProtocolo_de_funcionamiento_SMI_2pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290510305791&ssbinary=true

25. Explicamos el vasco con detalle, en ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona», *op. cit.*

26. En lo sucesivo, CP. Del mismo modo, se aprecia la atenuante analógica del artículo 21.7 CP respecto a los casos de confesiones tardías.

27. En el art. 340 CP respecto a delitos sobre el ordenamiento del territorio (art. 319 y ss. CP), sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss. CP), contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 y ss CP), y los relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (arts. 332 y ss. CP). En relación a las personas jurídicas delincuentes, en genérico, art. 341 quarter CP.

la pena[28]; (4) se regula la conformidad en el proceso penal (arts. 655 y 694 a 700 Ley de Enjuiciamiento Criminal[29]); (5) para la persecución de determinados delitos (semipúblicos) se exige denuncia y querella para los privados[30]; (6) es posible obtener el perdón del ofendido en determinados delitos[31]; (7) los delitos de injurias y calumnias exigen conciliación previa obligatoria (arts. 278 y 804 LECR); (8) se reconoce a los jueces la facultad, conforme a ley, de dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 80-87 CP), teniéndose en cuenta, al efecto, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado (art. 80.3 CP) y el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (art. 84.1.1º CP); (9) existe el indulto (art. 4.4 CP); (10) también, la libertad condicional, configurada desde Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP, como «suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión», debiendo, al efecto, tener en cuenta el juez de vigilancia penitenciaria la conducta del condenado (art. 90 CP). (11) Por su parte, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores prevé el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19), la conformidad del menor (art. 36) o la posibilidad del juez de dejar sin efecto una medida sancionadora tras la conciliación del menor con la víctima (art. 52.3). (12) Del mismo modo, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en fase propiamente penitenciaria, condiciona la clasificación o progresión al tercer grado a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales (art. 72.5 y 6), y, por último (13) tampoco podemos omitir que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP ha introducido en el Derecho español, aunque sea tímidamente, el principio de oportunidad con la regulación de los delitos leves, que vienen a sustituir a las anti-

---

28. Así en los delitos contra la Hacienda Pública (art. 305.4 CP), contra la Seguridad Social (arts. 307.3 y 307 ter 3 CP) y en el fraude de subvenciones (art. 308.5 CP).

29. En lo sucesivo, LECR.

30. Requieren previa denuncia de la parte ofendida los delitos de reproducción asistida inconsentida (art. 161.2 CP), los de agresiones sexuales, acoso o abusos sexuales (art. 191 CP) (en los que también cabe querella del Ministerio Fiscal), los de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 CP), los de abandono de familia e impago de alimentos (art. 228 CP), los de daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80000 euros (arts. 267.II CP), los delitos contra la propiedad intelectual, la propiedad industrial, el mercado y contra los consumidores (art. 287.1 CP) y delitos societarios (art. 296.1 CP). Es potestativa la denuncia del ofendido en el delito de acusación falsa (art. 456.2 CP) y en el de denuncia falsa (art. 456.2 CP). Como es sabido, los delitos privados son únicamente la calumnia y la injuria (art. 215 CP).

31. En los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP), en la calumnia e injuria (art. 215.3 CP), en el consistente en daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267.III CP). Además, cabe citar el caso especial del testigo que, habiendo prestado falso testimonio en causa criminal, se retracta en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia, quedando así exento de pena (art. 462 CP).

guas faltas, permitiendo a los jueces, a solicitud del Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta la escasa entidad del hecho, la falta de interés público y que se haya procedido a la reparación del daño, sobreseer el procedimiento (arts. 963 y 964 LECR).

Además, tenemos que referirnos expresamente a dos leyes que aluden a la mediación penal. Concretamente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prohíbe en la materia que ordena la utilización de esta técnica (art. 44.5)[32]. En sentido contrario, la Ley 4/2015, de 27 de abril, que ordena el Estatuto de la Víctima del Delito (en lo sucesivo, EVD), en su apuesta por dignificar la víctima en el ordenamiento jurídico español[33], reconoce a ésta el derecho de acceder a la mediación, entendiendo que es un mecanismo adecuado para ofrecerle la reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito (art. 15). Establece, al efecto, unos requisitos para poder acudir a aquélla[34] al tiempo que impone el carácter confidencial del procedimiento de mediación —salvo que las partes autoricen su difusión— y el secreto profesional de los mediadores. No obstante, es una ordenación imprecisa, en cuanto identifica la justicia restaurativa únicamente con la mediación penal[35] e incompleta, porque se remite para su regulación a un desarrollo reglamentario aún inexistente. En este último sentido, nos parece una pena que el legislador no haya aprovechado esta última norma para recoger una normativa sistemática y completa para la institución que nos ocupa, sin perjuicio de que entendamos que, en cuanto instrumento del derecho jurisdiccional diversificado en materia penal, el lugar en el que se deba ordenar sea la LECR[36].

---

32. Veto recogido, asimismo, en el art. 87 ter 5 Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin perjuicio de ello, la prohibición de la utilización de la técnica que nos ocupa, por parte del legislador, es muy discutida. Al respecto, por todos, MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Mediación penal y violencia de género: ¿Es posible y/o adecuada su aplicación?», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *Los juzgados de violencia sobre la mujer*, Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 233-254. De la misma autora, también, «Mediación penal en los procesos por violencia de género: entre la solución real del conflicto y el "ius puniendi" del Estado», *Revista de Derecho Penal*, número 33/2011.

33. Realizamos su análisis crítico, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Una lectura subjetiva del estatuto de la víctima y abundantes propuestas de mejora», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, número 3/2016.

34. Concretamente, la Ley 4/2015 exige que (1) el infractor haya reconocido los hechos de los que deriva su responsabilidad (algo que choca con la garantía constitucional que es la presunción de inocencia); que (2) haya prestado su consentimiento (3) igual que la víctima; (4) que la víctima sea informada exhaustiva e imparcialmente de su contenido, resultados y cómo ejecutarlos y (5) que el procedimiento de mediación no acarree una victimización secundaria.

35. Su art. 15 EVD habla de «servicios de justicia restaurativa» y luego la ordenación se centra únicamente en la mediación penal, confundiendo, por ende, género y especie. Lo destaca, JIMENO BULNES, M., «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley*, número 8624/2015.

36. A mayor abundancia, mantenemos que el propio EVD debería ser un capítulo de la LECR. En este sentido, ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Bondades y taras de la reciente ordenación procesal específica sobre la víctima. Análisis crítico del Estatuto de la Víctima», en PÉREZ MACHÍO, A. I. y GOIZUETA VERTIZ, J. (Dirs.), *Tiempo de reformas: perspectiva académica y realidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial-UPV-EHU, Gobierno Vasco, Bilbao, 2017, pp. 77 y ss. Comparte con nosotros la frustración por la escasa aportación del EVD a la materia, ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «La mediación penal

2.2. Intentos de regulación frustrados

Casando con la idea anterior, sin perjuicio del reproche que hacemos al legislador, tenemos que reconocer los últimos esfuerzos que ha habido para ordenar la materia que nos ocupa. Ciertamente, los dos partidos políticos del Estado han presentado sus propuestas de modificación de la LECR (en el 2011, el PSOE y en el 2012, el PP). Ambas se caracterizaron por mostrar grandes expectativas en la institución que no se correspondían, para nada, con la ordenación propuesta[37]. Exhibieron, igualmente, diferencias en la concepción de la mediación penal, vinculándola especialmente, con el principio de oportunidad, el proyecto socialista y con la justicia restaurativa el popular. Coincidían ambas en no limitar, a priori, las materias sometibles a este mecanismo[38] y en no ordenar adecuadamente los momentos procesales en los que las partes del conflicto penal podían acceder a la mediación penal, elemento esencial para el engranaje de la mediación penal con la jurisdicción en el marco del derecho jurisdiccional diversificado. Lógicamente, ambos proyectos requerían la participación del Ministerio Fiscal y del órgano jurisdiccional penal si bien, también, con diferencias[39].

3. A modo de conclusión o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente

Concebida la mediación penal, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, en cuanto instrumento de mejora de la jurisdicción, complementaria de aquélla en la aplicación el *ius puniendi*, siempre asistida y controlada por el Poder Judicial, sin perjuicio de todas sus bondades —lo que la convierten, en definitiva, en un instrumento adecuado para la búsqueda dialogada de la reparación del daño sufrido por la víctima, la inserción social positiva de su victimario y la pacificación de los conflictos en la comunidad—, hemos advertido la

---

en el Ordenamiento Español: algunas cuestiones no resueltas tras las recientes reformas procesales», en Montesinos García, A. (Ed.), *Tratado de Mediación. Mediación penal*, volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 56.

37. Juicio demostrado sobradamente por Etxeberria Guridi, J. F., «La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español», *Revista Vasca de Administración Pública*, número 99-100/201.

38. Rompiendo con la tradición de vincular la mediación penal con los delitos menos graves. Lo destaca, González Cano, M. I., «La mediación en el Proceso Penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador de Código Procesal Penal de 2012», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 687-714. En sentido similar, en la misma obra, Castillejo Manzanares, R., «El procedimiento de mediación en el marco del proceso penal», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, *op. cit.*, pp. 715-750. Nosotros somos defensores de utilizar esta técnica en relación a conflictos más graves. Lo argumentamos, Ordeñana Gezuraga, I., «Sobre cómo hacer virtud de la necesidad o de la experiencia vasca en mediación penal en un marco jurídico raquítico», en Montesinos García, A. (Ed.), T*ratado de Mediación. Mediación penal*, volumen II, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

39. Las explica Etxeberria Guridi, J. F., «La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español», *op. cit.*

falta de existencia de un marco normativo completo, sistemático y coordinado de la misma en España. Ello explica que se esté practicando aún —únicamente en determinados territorios y juzgados—, en forma de «experiencia piloto» y regulada en protocolos (una suerte de *soft law*). Ante este panorama, y aunque siempre hayamos sido firmes defensores de su implementación[40], a día de hoy, noviembre de 2017, entonamos un «basta ya!» Demostrada su eficacia en cientos de experiencias de distintos territorios, en circunstancias y asuntos bien diferentes, si el legislador no la legisla —o, incluso, hasta que lo haga— no debe utilizarse. Y, no debe emplearse porque no se pueden prolongar las taras derivadas de su escasa y deficiente ordenación. Un Estado de Derecho no puede perpetuar la inseguridad jurídica derivada de su falta de ordenación general (casos, vicisitudes, plazos,…) y en especial de la ausencia de engranaje con la jurisdicción (rol personal jurisdiccional y Ministerio Fiscal, momentos procesales para efectuarse, su repercusión procesal,…). Está en juego el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, en materia penal (art. 24 CE) y no se puede permitir su posible infracción con el aval del Estado. Si el legislador entiende que la mediación penal es un instrumento adecuado para la solución del conflicto penal ya es hora de que lo ordene en el marco del derecho jurisdiccional diversificado! En esta argumentación, sin abusar de la vehemencia, tenemos que traer a la palestra otro valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico, al tiempo, derecho fundamental de todos los ciudadanos: la igualdad (arts. 1 y 10 CE). Su conculcación en materia de resolución de conflictos en materia penal es más que evidente. ¿Por qué un ciudadano (sea víctima o victimario) puede utilizar la mediación penal y otro, envuelto en el mismo delito, no, cuando están ambos sometidos ambos (en igualdad) a la misma ley penal, sustantiva y procesal? Sin perjuicio de que su uso sea voluntario, la oportunidad de hacerlo debe ser universal en las mismas condiciones!

Defensores de que la mediación penal sea ordenada en la ley rituaria penal general (LECR), entendemos la dificultad, al efecto, por ser esta norma, en general, y las cuestiones particulares que le rodean, en especial (la propia mediación penal; la instrucción de los casos; acusación particular; acción popular; sistema de recursos;…) especialmente complicadas y controvertidas. No obstante, aceptaríamos, que mientras tanto, como se ha hecho con el EVD o con la mediación en materia civil, se ordene en una ley específica. Entretanto, entendemos, por las razones expuestas, que ya no se puede seguir utilizando. Veinte años es mucho tiempo para movernos en inseguridades y desigualdades…

40. Lo atestigua cualquiera de nuestros trabajos sobre la materia citados en éste.

4. Bibliografía

Etxebarria Estankona, K. y Ordeñana Gezuraga, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

Barallat López, J., «La mediación en el ámbito penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 29/2013.

Barona Vilar, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos. «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Barona Vilar, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo xxi. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, número 26/2009.

Barona Vilar, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», *Revista del Poder Judicial*, número 94/2012.

Castillejo Manzanares, R., «El procedimiento de mediación en el marco del proceso penal», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

De Jorge Mesas, L. F., «La mediación en el proceso penal español: experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 498/2001.

Del Río Fernández, L. J., «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3/2006.

Esparza Leibar, I., «El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la justicia en la resolución de conflictos. La contribución de la RAC/ADR», en Etxebarria Estankona, K. y Ordeñana Gezuraga, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

Etxeberria Guridi, J. F., «La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español», *Revista Vasca de Administración Pública*, número 99-100/2014.

Etxeberria Guridi, J. F., «La mediación penal en el Ordenamiento Español: algunas cuestiones no resueltas tras las recientes reformas procesales», en Montesinos García, A. (Ed.), *Tratado de Mediación. Mediación penal*, volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

González Cano, M. I., «La mediación penal en España», en Barona Vilar, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

González Cano, M. I., «La mediación en el Proceso Penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador de Código Procesal Penal de 2012», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Jimeno Bulnes, M., «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley*, número 8624/2015.

Levin, A. y Wheller, R. (Eds.), *The Pound Conference: Perspectives of Justice in the future*, Saint Paul, Minnesota, 1979.

Martínez García, E., «Mediación penal y violencia de género: ¿Es posible y/o adecuada su aplicación?», en Ordeñana Gezuraga, I. (Dir.), *Los juzgados de violencia sobre la mujer*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

Montero Aroca, J., «Del derecho procesal al derecho jurisdiccional», *Justicia*, número 2/1984.

Montero Aroca, J., *El derecho procesal en el siglo xx*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Muñoz Sábate, L., «La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma», *La Ley*, volumen 3/1995.

NABAL RECIO, A., «Crítica de nuestro sistema procesal», *Revista del Poder Judicial*, número 53/1995.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación penal: la oportunidad de dignificar a la víctima y de mejorar el proceso jurisdiccional penal. La experiencia del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo (Bizkaia)», en VV. AA., *XV Congreso mundial de la sociedad internacional de criminología*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2009.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Solución jurisdiccional del conflicto laboral vs solución extrajurisdiccional,* Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2009.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdisccionales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada, 2009.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Penal mediation service in a Basque urban local court», *Oñati socio-legal series*, número 9/2011.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona», en VV. AA., *XVII Congreso de Estudios Vasco: Innovación para el progreso social sostenible*, Eusko Ikaskuntza, Donostia-San Sebastián 2012.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Where is the victim in Spanish Criminal procedure? A reflection on position of the victim in Spanish legal system», en VV. AA., *International Conference of Education, Research and Innovation*, IATED Sevilla 2013.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el Derecho Jurisdiccional penal español*, IVAP, Bilbao 2014.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Una lectura subjetiva del estatuto de la víctima y abundantes propuestas de mejora», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, número 3/2016.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones,* número 2/2017.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Bondades y taras de la reciente ordenación procesal específica sobre la víctima. Análisis crítico del Estatuto de la Víctima», en PÉREZ MACHÍO, A. I. y GOIZUETA VERTIZ, J. (Dirs.), *Tiempo de reformas: perspectiva académica y realidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial-UPV-EHU, Gobierno Vasco, Bilbao, 2017.

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, «Sobre cómo hacer virtud de la necesidad o de la experiencia vasca en mediación penal en un marco jurídico raquítico», en MONTESINOS GARCÍA, A. (Ed.), *Tratado de Mediación. Mediación penal*, volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SANDER, F.E.A., *Conference on Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice,* National Center for State Courts, Washington, 1976.

SANDER, F.E.A., «Alternative methods of dispute resolution: an overview», en FREEMAN, M. (Ed.), *Alternative Dispute Resolution*, Darmouth, Sidney, 1995.

VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.

Mediación penal electrónica como vía de protección de víctimas especialmente vulnerables

Fernando Martín Diz
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca[1]

1. La mediación penal en delitos cometidos por adultos sin «Ley de mediación penal»: escenario

Parafraseando el título del Congreso-Memorial «Profesor Serra Domínguez», celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela en noviembre de 2017, en el cual se suscita el debate científico procesalista sobre *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, toma cuerpo el presente trabajo en un paralelismo hacia otra realidad procesal, extrajudicial, nueva y también sin norma de referencia, como es la mediación penal en delitos cometidos por adultos.

En España, a día de hoy, la mediación penal para adultos infractores se encuentra en un cruce de caminos sin una senda determinada. Sin una dirección clara. Sin un modelo de referencia. La escasa cobertura legal existente en el momento actual (apenas un precepto en la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, y que se limita a transponer la normativa de la Unión Europea al respecto) no ayuda a determinar el posible rumbo. En el horizonte dos rutas se atisban. Una que conduce a la mediación penal en el sentido más amplio, como mediación extrajudicial, sin vinculación directa con los órganos jurisdiccionales, y que responde al modelo más genuino y puro de la misma, cierto es que con el riesgo añadido de externalizar, privatizar y despenalizar —de facto o *ex lege*— deter-

1 El presente trabajo es resultado del desarrollo de los Proyectos de Investigación financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad: Protocolos de actuación de los operadores jurídicos respecto al tratamiento de víctimas especialmente vulnerables: atención preferente a la violencia de género (Referencia DER2015-67954-R) y por la Junta de Castilla y León titulado Mediación electrónica en la Administración de la Justicia: implantación y desarrollo (Ref: SA044U14).

minadas conductas tipificadas como delito. La otra ruta, la que parece puede tener más cabida en el hipotético sistema de justicia penal en España, se decanta por la mediación penal intrajudicial[2], es decir, la derivada desde un órgano jurisdiccional y por tanto con un incipiente proceso penal ya activado e iniciado. Paradójico, con la propia naturaleza de la mediación, se muestra este itinerario. Se pretende evitar la solución heterocompositiva del delito mediante el proceso y la decisión vinculante del juez pero hemos de acudir a él para que sea quien decida y remita, aunque sea en una fase muy inicial del proceso penal, el asunto a mediación, y retornamos al mismo, ya sea para que homologue el acuerdo de mediación, ya sea para que prosiga las actuaciones y definitivamente se pronuncie sobre el hecho delictivo. Nos preguntamos si la elección por una u otra opción no estará condicionada por un cierto temor del legislador (y también, por qué no decirlo, de los propios depositarios del poder judicial) a la apertura de un ámbito, más o menos controlado y regulado, de desjudicialización de la respuesta social ante el delito.

El establecimiento de un nuevo modelo integral de justicia penal, no sólo de un proceso penal sino también de otras fórmulas englobadas, por ejemplo en el ámbito de la justicia restaurativa, para la resolución de delitos y hechos punibles, ha de sintonizar con la realidad social a la que se va a dirigir en pleno siglo XXI a nivel social, económico, cultural y tecnológico. Ha de ser un planteamiento de sistema, de modelo de justicia penal. Un modelo que debe pronunciarse, y en su caso regular, la posible entrada de otras opciones de resolver conflictos penales junto al proceso penal, por ejemplo a través de servicios de justicia restaurativa —tal y como ya avanza el art. 15 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito—.

Ese cambio estructural responderá, como no puede ser de otra forma, a una política criminal planificada en sintonía con las exigencias de la Unión Europea. La incorporación de la mediación penal en caso de adultos infractores (ya existe desde hace tiempo en el ámbito de los menores infractores) es un reto y un aliciente para nuestro legislador y puede encontrar un momento propicio con la eternamente esperada llegada de un nuevo y contemporáneo proceso penal. Y requiere además, como ya hemos defendido en ocasiones anteriores, de un mar-

---

2. Ilustrativa resultan la Conclusiones que sobre la mediación penal se elaboraron en las XVII Jornadas Anuales de Presidentes de Audiencias Provinciales (2017) en las cuales establecían lo siguiente:
Primera.- Consideramos que la mediación penal es una forma de solución de conflictos que proporciona una nueva concepción de la justicia. Estimula actitudes de responsabilización, restauración y reparación, y hace participar a la víctima en la solución del conflicto que le afecta.
Segunda.- Consideramos indispensable que este mecanismo se regule articulándolo con el proceso penal. La regulación debería responder a los principios de legalidad y de monopolio jurisdiccional de la derivación. Además de respetar todos los principios propios de defensa, confidencialidad y profesionalidad de los mediadores. La regulación debería en todo caso prevenir con precisión las consecuencias que pueden derivarse del acuerdo de mediación sobre el proceso y además qué tipos pueden ser objeto de derivación.

co legal propio y genuino —Ley de Mediación Penal—. Simultáneamente, debe vincularse dicha norma con las consecuencias respecto al proceso penal que puede producir, y por tanto desde una visión global y general de la justicia penal en España. Por ello, personalmente no compartimos los planteamientos prelegislativos precedentes (*Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2011 y *Código de Proceso Penal* de 2013) en los cuales, con el acierto fundamental de contemplar la mediación penal para adultos, se caía en el error de insertarla dentro de la norma destinada a la regulación del proceso penal, sin que constituya ni una especialidad del mismo, ni un tipo de procedimiento, ni siquiera una forma de resolución de conflictos de análoga naturaleza, estructura y principios.

2. Mediación penal en delitos cometidos por adultos: experiencias y opciones actuales

No es de recibo, aún a pesar del eterno contexto de reforma del proceso penal que no se termina de producir, que se mantenga el actual escenario de alegalidad en el cual se desarrollan, cada vez con menos timidez, la mayoría de experiencias que bajo el patrocinio del Consejo General del Poder Judicial (como *experiencias piloto*) se vienen efectuando en los últimos años, dentro de un cuestionable terreno de falta de normas de cobertura para su utilización, condiciones, requisitos y efectos. Es más, la utilización de la mediación penal para adultos infractores que se está llevando actualmente en España, ante la ausencia de cobertura legislativa propia, la está desnaturalizando y refuerza nuestra idea inicial que intitula el anterior epígrafe: mediación penal sin «ley de mediación penal». Basta con repasar las diversas opciones de utilización que encontramos en los juzgados y que podemos sintetizar básicamente en tres:

a) Aplicación de la atenuante general, contemplada en el art. 21.5 del Código Penal, de reparación del daño —o disminución de sus efectos— ocasionado a la víctima por parte del autor del ilícito en cualquier instancia del procedimiento y con anterioridad al juicio oral. Es la base sobre la cual se sientan los primeros cimientos de una predecible regulación de la mediación penal en España ya que se trata de una mediación intrajudicial en la cual el órgano judicial encargado del enjuiciamiento aprecia a la hora de dictar sentencia la concurrencia de una atenuante propiciada por la celebración de la mediación previa, de carácter eminentemente restaurativa y reparadora, de sus resultados y de su cumplimiento. Advertimos que pese a todo no cumple con la verdadera función y naturaleza de este mecanismo de justicia restaurativa, puesto que ni evita el proceso —se celebra juicio oral y se ha de dictar sentencia, en el cual se aprecia el resultado de

la mediación como atenuante—, ni le pone fin[3]. Hay proceso en todo caso, con independencia del resultado final de la mediación celebrada. Decae en esta situación, por tanto, la esencia de la mediación en un sistema de Administración de justicia, de erigirse en opción autónoma y complementaria.

b) En los Juzgados de Instrucción y en los procedimientos por delitos leves, aplicando las escasas posibilidades legales que ofrecen el art. 15 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, los Protocolos de derivación a mediación implantados por el Consejo General del Poder Judicial, y los recientemente reformados (2015) artículos 963 y 964 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se procede, en primer lugar, a informar a las víctimas sobre el contenido de una posible mediación, sus resultados y el cumplimiento esencial de los acuerdos adoptados (en aplicación de lo dispuesto en el art. 109.1 LECrim y en el art. 5.1,k) de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, bien por parte del Letrado de la Administración de Justicia o por personal especializado en atención a la víctima). En el mismo sentido se ofrece la información al infractor, como derecho encuadrado en el estatuto del investigado que recoge el art. 118 LECrim. Habitualmente es el propio titular del Juzgado de Instrucción, mediante providencia, quien ofrece a las partes la opción de mediación antes de proseguir con el procedimiento por delito leve, informando al Ministerio Fiscal y recabando su anuencia para la celebración de una mediación penal intrajudicial si las partes así lo determinan. De aceptarse la mediación penal intrajudicial se suspende el procedimiento (el plazo más típico es el de un mes) y se deriva a mediación ante la institución y mediadores que hayan suscrito el pertinente protocolo de colaboración con el CGPJ en dicho ámbito. Si se obtiene un acuerdo se aporta el acta de reparación al proceso y el juez archiva las actuaciones si necesidad —cuestionable a nuestro juicio— de homologación ni resolución expresa sobre la misma.

   Toda la actividad anteriormente descrita se sustenta en la aplicación de los motivos de sobreseimiento del art. 963.1.1.ª LECrim (también aplicables en el caso del art. 964), a instancia del Ministerio Fiscal y cuando concurran dos circunstancias: 1. La escasa gravedad de los hechos, circunstancias de los mismos y personales del autor. 2. La inexistencia de interés público relevante en la persecución del delito. A día de hoy no sería posible la aplicación analógica de esta situación, y la posibilidad de un sobreseimiento por someter la cuestión a mediación penal, en el caso de los delitos graves y/o muy graves, ya que la única opción legal es en relación con los delitos leves. De nuevo todo hace pensar que el hipotético modelo de ley de me-

3. No se contempla como causa de sobreseimiento libre (art. 637 LECrim) en la regulación procesal penal vigente la realización y conclusión de un procedimiento de mediación con acuerdo final entre infractor y víctima en el caso de procedimientos por delitos graves.

diación penal se decantaría por una situación similar a la anteriormente expuesta. Es decir, una mediación penal intrajudicial.

c) Con la reforma del Código Penal en 2015 se introdujo, en su art. 84, como motivo de suspensión de la ejecución penal el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en mediación. Una vez más, y en lo que aquí importa y deseamos destacar, mediación vinculada a situaciones procesales y judiciales.

En definitiva a día de hoy, el empleo de la mediación penal intrajudicial que encontramos en la práctica forense, en el caso de procesos por delitos graves y menos graves (aplicada como atenuante por la vía del art. 21.5 CP), ni evita el proceso ni le pone fin, con lo cual no constituye una verdadera alternativa. En el caso de los delitos leves, y en el ámbito del nuevo marco regulatorio para los mismos, también requiere de una intervención judicial de derivación que posteriormente propicie que por parte del juzgado, y si la mediación logra el acuerdo y con ello un acta de reparación, se dicte una resolución expresa —sobreseimiento—.

Bien es cierto que se atisban, aún en la lejanía, algunas luces que apuntan a un aumento, leve pero progresivo y sostenido, del empleo de la mediación penal intrajudicial en nuestro sistema de justicia penal. Según datos del propio CGPJ, y teniendo en cuenta que se tratan de datos de mediación intrajudicial, por tanto excluyendo las mediaciones originariamente extrajudiciales, y que el cómputo solo incluye los asuntos en que se ha producido la derivación (no sólo la sesión informativa) podemos observar dos elementos alentadores:

1. El número de derivaciones ha crecido desde las 1.859 realizadas en 2012, pasado por las 2.435 de 2015 y hasta las 3.804 de 2016.
2. El número de acuerdos obtenidos en mediación intrajudicial penal se ha situado en 2016 en casi un 80% de las 1.881 realizadas, 1.491 (79%) obtuvo como resultado final un acuerdo entre los mediados.

3. Mediación penal y nuevas tecnologías. Ventajas de la mediación electrónica para las víctimas especialmente vulnerables

En la mediación penal, víctima e infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial, se reconocen capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito. Se posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas, propiciando en el autor del ilícito la responsabilidad per-

sonal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida en los términos que considera más convenientes a sus intereses.

La mediación se sustenta sobre el encuentro directo entre víctima e infractor que han de encontrar a través de esta vía un espacio común para el diálogo, la aceptación de la infracción, sus consecuencias y la reparación o restitución que ambos consideren más apropiada tanto para la rehabilitación del infractor como para la compensación a la víctima. La extensión de estas consecuencias propias de un procedimiento de justicia restaurativa redunda en una amplitud de soluciones no tasada, que abarca desde la petición de excusas por el infractor, la necesidad de conocer las razones de la infracción por parte de la víctima, hasta el tipo de la reparación —económica, de prestación, de actividad, en incluso la innecesariedad de éstas— establece como condición irrenunciable e insustituible la presencia directa y personal de víctima e infractor. Nadie puede sustituirles ni representarles si estamos hablando de una genuina mediación. Siendo así las cosas, el carácter personalísimo de la mediación ha de compaginarse y armonizarse con otro de los grandes principios de la mediación, como es la igualdad entre los intervinientes. La quiebra del mismo, por concurrencia de una desigualdad entre víctima e infractor, debida a cuestiones de edad, dependencia, situación económica, formación, exclusión social, violencia de género, etc…, consideramos que puede acarrear una cierta vulnerabilidad frente a la otra (especialmente si se trata de la víctima) que condiciona una mediación penal en esos casos.

Nos planteamos entonces, si la mediación y empleo de nuevas tecnologías, que parecen realidades destinadas a encontrarse, podrían ser un binomio adecuado y recomendable en los casos de conflictos penales derivados a mediación. Son realidades además que encajan perfectamente en una justicia moderna, cercana y especialmente protectora para las víctimas más vulnerables (menores, ancianos, incapaces, dependientes, violencia de género). Y no sólo para estos supuestos, sino que su idoneidad podría extenderse a los supuestos de víctimas comunes e infractores que se encuentran (domicilio o residencia) alejados territorialmente (eliminando distancias y facilitando el procedimiento), o también a los casos de delitos transfronterizos o transnacionales por su naturaleza o forma de comisión (por ejemplo delitos en internet o a través de internet o redes sociales).

En el caso que nos ocupa, víctimas especialmente vulnerables, desenvolver el procedimiento de mediación a través de recursos electrónicos de comunicación a distancia ofrecería unas garantías adicionales y muy cualificadas de protección a la víctima, en cuanto a seguridad personal y emocional y a evitar con ello una victimización secundaria —que si podría deparar el contacto directo con el agresor— que probablemente redundaría de forma muy positiva en su

aceptación al procedimiento de mediación y en la mejora de su capacidad de diálogo y búsqueda de un acuerdo con el infractor.

Además, es evidente el provecho y rentabilidad en términos temporales —mayor rapidez incluso que un procedimiento presencial—, de disponibilidad, comodidad, etc. No apreciamos que ello pueda afectar en lo más mínimo los fines propios de la mediación penal, es más, incluso en algunos de ellos, sería un refuerzo estimable. Una mediación penal en sede electrónica asegura, igual que una presencial, que la víctima pueda conocer las causas reales y las consecuencias de la acción delictiva y arbitrar vías para encontrar la efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito, implica la responsabilización del infractor sobre las consecuencias de su acción ilícita, procura mecanismos para que infractor y víctima normalicen la situación tras el conflicto e incluso abran cauce al diálogo. También, en aplicación del modelo que se está llevando a cabo en la actualidad en nuestros juzgados, puede llevarse a cabo en aplicación de la atenuante de la pena del art. 21.5 CP o, en la fase de instrucción de un delito leve, como opción que de llegar al acta de reparación consensuada determine el sobreseimiento y archivo de la causa.

Sin duda la mediación electrónica es más rápida y accesible —en todo momento y desde cualquier lugar, siempre y cuando sea posible utilizar el correspondiente medio o aplicación tecnológica que sirve de soporte al procedimiento—. Redunda en un menor coste económico debido al empleo de tecnologías de la comunicación y la información que evitan desplazamientos o contar con espacios específicos para el desarrollo del procedimiento e, incluso, es aún más informal que la mediación presencial. Culturalmente podría ser muy idónea para las nuevas generaciones ya que sintoniza perfectamente con su hábitat tecnológico habitual (las estadísticas indican que más de la mitad de los ciberdelincuentes tienen una edad comprendida entre los 26 y los 40 años) y mantiene intacto el carácter directo, de autogestión del conflicto, de la mediación como forma de justicia restaurativa enfocada a la reparación de las consecuencias ilícitas y dañosas del delito. La utilización de nuevas tecnologías como terreno de actuación de mediador, agresor y víctima no empaña en absoluto que se mantenga la esencia de desarrollar el procedimiento centrado en las necesidades e intereses de ambos con unas garantías, como ya hemos apuntado, de seguridad, privacidad y protección aún mayores —no hay contacto físico ni posibilidad del mismo—.

Evidentemente hay que ser conscientes de algunos inconvenientes y dejarlos sobre la mesa para tratar de buscar solución a los mismos. Nos centramos en tres de ellos, por considerarlos los de mayor envergadura y trascendencia:

a) la denominada *brecha digital* por cuanto no todo ciudadano está preparado, dispone de los medios, conoce las posibilidades o es capaz de usar adecuada y correctamente medios de comunicación electrónica (desde los más sencillos a los más complejos) impidiendo en estos casos la utilización de los mismos
b) reducción del que podríamos considerar o catalogar como el *factor humano*. La mediación electrónica, por su propia condición, no es presencial en el sentido de inmediación directa entre agresor y víctima sino que es interpuesta. Se produce, con todas las garantías, un contacto visual y auditivo pero no hay relación física directa sino que se realiza a través de un medio electrónico interpuesto, lo cual puede aminorar o sustraer determinadas y beneficiosas circunstancias que si aporta el contacto *face to face*, especialmente al apreciar el arrepentimiento, la sinceridad, la franqueza o la disposición de la otra parte. En idéntico sentido el mediador puede tener más dificultades en la conducción del procedimiento a la hora de valorar reacciones o aspectos psicológicos de agresor y víctima que una presencia directa si le reporta.
c) una serie de riesgos técnico-legales que el entorno digital alberga por su configuración originaria como pueden ser en materia de identificación de los intervinientes, protección de datos personales, derecho a la intimidad, seguridad en el intercambio electrónico de información. Para todos ellos debe preverse unos altos estándares y garantías de seguridad y acceso a los mismos, no en vano una mediación efectuada en sede electrónica genera un repositorio de actuaciones (documentos escritos, de imagen y sonido, etc.) que han de ser custodiados y mantenidos bajo la exigencia del principio de confidencialidad que rige toda mediación, independientemente de la modalidad en la que se desarrolle la misma.

4. Aplicabilidad legal y real: planteamientos para una norma legal sobre mediación penal con adultos infractores en sede electrónica

Restan, para concluir este planteamiento, por aquilatar algunos aspectos que deberán ser tenidos en cuenta cuando se acometa la cobertura con norma legal de la mediación penal para adultos infractores. Relatamos seguidamente algunos de los más destacables. Una circunstancia primordial y esencial será circunscribir la mediación a una tipología determinada y cerrada de infracciones, aquellas más apropiadas para la apertura de la mediación como vía de solución del ilícito penal. En este sentido podemos recomendar las relativas a abandono de familia —impago de pensiones compensatorias o de alimentos— y quebrantamiento de derechos vinculados a las relaciones paternofiliales, agresiones, amenazas, coacciones, daños, desobediencia, apropiación indebida, estafa, hurto,

robo, injurias, lesiones leves, propiedad industrial o maltrato animal. Además, y en conexión con nuestra idea de desarrollar la mediación a través de medios electrónicos que la faciliten y hagan más accesible, podría ser idónea para infracciones vinculadas a lo que podríamos calificar como cibercriminalidad: suplantación de personalidad, fraudes bancarios a través de red, compras online fraudulentas, etc. En último término también, y en idéntica finalidad al supuesto anterior y para la especialidad a través de medios electrónicos, cabría dar entrada a la mediación para determinados supuestos de ilícitos con componentes transfronterizos (agresor y víctima residen habitualmente en países diferentes) o de protección personal de la víctima (como forma de salvaguardar a colectivos especialmente vulnerables).

Sí queremos llamar la atención, en este punto, sobre la cuestión que ha centrado nuestras reflexiones precedentes, y especialmente en relación con determinadas víctimas especialmente vulnerables. Nada impide actualmente, ni la norma legal, ni los protocolos de actuación en mediación penal del CGPJ, ni ninguna decisión judicial de la que tengamos conocimiento hasta el momento, que dicha mediación se conduzca y celebre con la utilización de cualesquiera medios de comunicación, electrónicos preferentemente, como pueden ser el teléfono, mensajería instantánea, aplicaciones de telecomunicación por imagen y sonido, etc. Sería deseable, en todo caso, que llegado el momento de la regulación normativa de la mediación penal para adultos dispusiera de reflejo y cobertura legal. Consideramos que es perfectamente factible y además muy adecuado, conveniente y útil para determinadas víctimas y con ello evitar riesgos en relación a su seguridad, a su protección y a una hipotética victimización secundaria, además de que fomentaría y reforzaría sus expectativas y estabilidad para participar en el procedimiento de mediación en un plano de igualdad y sin ningún tipo de temor o condicionante ante el agresor.

Proponemos que los principios estructurales de la mediación electrónica en materia penal, con las adaptaciones oportunas al marco en el cual se desarrolla, partan de la base de los comúnmente aceptados para la mediación presencial, esto es, los principios de igualdad entre los mediados, confidencialidad de la mediación, voluntariedad explícita, extrajudicialidad, respeto a la presunción de inocencia del infractor, carácter personalísimo, accesibilidad y previsión legal. El procedimiento de mediación penal electrónica debería contemplar, al menos, los principios de integridad y transparencia, legalidad, contradicción, asistencia legal —representación y asesoramiento letrado—, flexibilidad, agilidad, coste económico mínimo, ubicuidad temporal y espacial, seguridad y protección de datos y de la intimidad, efectividad y eficacia.

Debería igualmente reflejarse en el texto legal sobre mediación penal el posible contenido de los acuerdos obtenidos, dentro de las bases de la justicia restau-

rativa, sus fines y objetivos, y que darán contenido al acta de reparación. Abarcarían acuerdos de contenido económico (restitución dineraria), material (restitución con bienes), actividad (servicios comunitarios, trabajos sociales), relacional (acuerdos sobre comportamiento / tratamientos), morales o éticos (disculpas, perdón, arrepentimiento). Es imprescindible que a través de ellos se evite crear una sensación y áurea de impunidad a favor del infractor, entendida en el sentido de que resolver el ilícito en mediación puede ser ventajoso frente a las consecuencias de una condena penal a través de un proceso judicial.

El acuerdo, reflejado en el acta de reparación, en consonancia con el entorno digital en que se desarrolla la mediación puede ser un documento electrónico debidamente rubricado por los mediados y el mediador. Consideramos que es un acuerdo de naturaleza extrajudicial, vinculante entre los mediados, que a su vez asume la reparación o restauración que la víctima acepta como consecuencia de la acción ilícita del infractor deparando un entorno de obligaciones de carácter jurídico. Esta naturaleza que asignamos al acuerdo de mediación implica que no se trata de un acto jurídico susceptible de ser impugnado ante instancias judiciales (no es, en si mismo, una resolución judicial), y como única opción que podría habilitarse sería la anulabilidad del mismo, por las mismas razones que se permite en los casos de mediaciones en derecho privado. De igual modo no puede conferírsele el valor y el efecto de cosa juzgada a dicho acuerdo, puesto que se trata de un efecto jurídico procesal propio y exclusivo de las resoluciones judiciales, sin ser este, por tanto, el caso.

Entendemos que debería someterse a un control formal previo a su aprobación por parte del mediador, sin cuestionar por su parte el fondo del mismo, pero si su validez y regularidad formal (acuerdo libremente obtenido, sin presiones ni coacciones). Igualmente deberá examinar que lo acordado no sea contrario a la ley, contemplando, por ejemplo, sanciones, obligaciones o compromisos prohibidos legalmente o excluidos de la posibilidad de reparación o restauración del daño de que disponen los mediados, por ejemplo acordando medidas restrictivas del derecho a la libertad. Si el modelo legal de futuro se decantase por una mediación penal intrajudicial consideramos imprescindible la homologación judicial del acta de reparación, así como ofrecemos la recomendación de la creación de un «Certificado de acuerdo de mediación penal electrónica» que contenga y comprenda íntegramente el documento electrónico en el cual se formaliza el acta de reparación y su posterior homologación judicial para su, y también es otra propuesta que dejamos en el aire, inscripción en un registro electrónico oficial de acuerdos de mediación penal de carácter público y bajo dependencia institucional del Ministerio de Justicia.

Además cabe preguntarse sobre la ejecutabilidad del acuerdo de mediación penal obtenido en sede electrónica. *A priori* no debe presentar ninguna singu-

laridad ni particularidad respecto al obtenido en mediación presencial. Nuestra recomendación de que sea homologado judicialmente, más aún con el previsible modelo de mediación intrajudicial solo el juez podría determinar el archivo de la causa abierta de la cual trae origen la mediación, comportaría ventajas en este aspecto pudiendo reconocer la ley el carácter de título ejecutivo —básicamente el acuerdo de mediación penal contempla obligaciones de carácter civil, restitutorio, reparatorio, indemnizatorio o de actividad— al certificado de acuerdo de mediación penal (homologación judicial incluida).

En caso de no obtenerse acuerdo de mediación electrónica, y sin mayores diferencias respecto a la situación en vía presencial, se proseguirían con las actuaciones correspondientes al ejercicio de la acción penal en sede judicial —figuradamente suspendida si tomamos como referencia el modelo de mediación penal intrajudicial por derivación del juzgado que esté conociendo de la causa—.

5. Bibliografía

Aguilera Morales, M., «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», *REDUR*, número, 9, 2011.

Alonso Salgado, C., «La aplicación de nuevas tecnologías a encuentros restaurativos en materia penal. Especial referencia a supuestos de violencia de género», en Bueno de Mata, F. (Dir.), *Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia. Fodertics 5.0*, Comares, Granada, 2016.

Barona Vilar, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Barona Vilar, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo xxi. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, número 26, 2009.

Carretero Morales, E., «Mediación online: una posible vía para introducir la justicia restaurativa en l os asuntos de violencia de género», en Garciandía González, P. y Soleto Muñoz, H. (Dirs.) *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2012.

Castillejo Manzanares, R., «Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas», en De Hoyos Sancho, M. (Coord.) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Castillejo Manzanares, R, «Mediación con víctimas especialmente vulnerables», *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, número 215, 2014.

Cuadrado Salinas, C., «La mediación ¿una alternativa real al proceso penal?, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, número 17-01, 2015.

Esquinas Valverde, P., «La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial, penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?», *Revista Penal*, número 18, 2006.

FLORES PRADA, I., «Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema de español de justicia penal», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 2, 2015.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español),* Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

GONZÁLEZ CANO, I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GUARDIOLA GARCÍA, J., «¿Es necesario un marco normativo específico para la mediación penal?, *Revista de derecho y proceso penal*, número 43, 2016.

JIMENO BULNES, M., «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley*, número 8624, 2015.

LAMAS LEITE, A., *A mediação penal de adultos. Um novo paradigma de Justiça?*, Coimbra Editora, Lisboa, 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2007.

MARTÍN DIZ, F., «El acuerdo de mediación penal (acuerdo reparatorio)», en SÁNCHEZ GARCÍA, A., y LÓPEZ PELÁEZ, P. (Coords.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

MARTÍN DIZ, F., «Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades», en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍN DIZ, F., «Mediación y justicia penal: crítica ante un futuro contexto legal», en RUIZ LÓPEZ, C., LÓPEZ JIMÉNEZ, R. y MORENO CATENA, V. (Coords.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

NEIRA PENA, A., «A xustiza restaurativa e a mediación penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, número 15, 2011.

Consideraciones en torno a la denominada mediación policial

Sonia Rama Martínez
Doctoranda del Área de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

En los últimos tiempos se ha ido extendiendo el uso y aplicación de la mediación. Aunque jurídicamente la regulación se ha centrado en los ámbitos civil y mercantil[1], esto no ha sido óbice para que este tipo de mecanismos de resolución de conflictos haya ido mostrando sus bondades en otras parcelas del Derecho. Tanto es así que incluso campos, como es el caso de la mediación en materia de consumo, que en un principio se excluían expresamente del ámbito de aplicación de la ley, han tenido que incluirse[2] para dar cumplimiento a normativa comunitaria.

Las consideraciones que a continuación vamos a realizar en torno a la denominada mediación policial, no pretenden entrar en el fondo del complejo debate existente en torno a las tipologías de mediación, o a los diferentes ámbitos en los que se están desarrollando proyectos de este tipo; sino que pretende ser una reflexión sobre determinadas cuestiones a tener en cuenta para la adaptación, en su caso de un sistema de mediación[3] en el ámbito policial, concretamente, en el ámbito de la Policía Nacional.

1. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2. Letra d) del número 2 del artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, fue suprimida por la disposición final séptima de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

3. Nos basaremos en la definición de mediación que se recoge en el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio: «*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*».

El artículo 104.1 de la Constitución[4] atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FFCCS), bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (*Cfrs*. art. 149.1.29º CE). En este sentido, es en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS) en la que se determinan las funciones, principios básicos de actuación y Estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Para alcanzar los señalados fines se establecen también los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, recogiendo para ello «*las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su Declaración sobre la Policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, se establecen los principios básicos de actuación como un auténtico Código Deontológico, que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo el respeto de la Constitución, el servicio permanente a la comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación, el secreto profesional, el respeto al honor y dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función*»[5].

En los últimos años la institución policial ha dado un giro importante en cuanto al rol asumido en su relación con la ciudadanía. La propia LOFCS pretende ser el inicio de una nueva etapa en la que destaque la consideración de la Policía como un servicio público dirigido a la protección de la comunidad, mediante la defensa del ordenamiento democrático. Policía y colectividad dejan de ser compartimentos estancos para compenetrarse de forma activa e intensa[6].

Pero además se han empezado a realizar planteamientos muy innovadores como ligar la función policial a la Justicia restaurativa, con base en una posible «actuación policial restaurativa», y en la concepción de actuaciones orientadas a la resolución de problemas y a la prevención del delito a través del desarrollo social. Este cambio de perspectiva que radica en la preocupación sobre las «causas de fondo» de los conflictos, plantea el uso de la fuerza coercitiva como el último recurso.

---

4. Constitución Española, en adelante, CE.

5. Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

6. Tal como se apunta en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: «*La activa e intensa compenetración entre la colectividad y los funcionarios policiales —que constituye la razón de ser de éstos y es determinante del éxito o fracaso de su actuación— hace aflorar una serie de principios que, de una parte, manifiestan la relación directa del servicio de la Policía respecto a la comunidad y, de otra parte, como emanación del principio constitucional de igualdad ante la Ley, le exigen la neutralidad política, la imparcialidad y la evitación de cualquier actuación arbitraria o discriminatoria*».

En este sentido, la mediación como elemento transformador puede suponer que algo tan habitual como los conflictos, si somos capaces de gestionarlos de forma adecuada se interpreten, siguiendo a Boqué Torremorell, «*como situaciones con un importante potencial para el fortalecimiento o empowerment humano, desde el momento en que se fomentan el respeto, la confianza y la seguridad en sí mismo al tiempo que se alejan de la deshumanización y de la adversariedad*»[7].

Podríamos estar ante un cambio cultural en la organización policial, reflejo de las grandes transformaciones sociales que estamos viviendo y en el que la mediación se plantea como una opción eficaz[8]. Pero consideramos que esta catarsis debería ser completa, es decir, conscientes de que puede ser el recurso más adecuado para la gestión de los conflictos a los que se accede en el desarrollo de la función pública, por qué no convertirla «simplemente» en un elemento para la gestión de conflictos y no restringir su aplicación exclusivamente a los conflictos entre ciudadanos.

No cabe duda de que, tal como señala Redorta Lorente, la aplicación de la mediación en instituciones como la Policía, comporta un cambio de óptica, «*una nueva comprensión de las relaciones de poder y, por lo tanto, una redefinición del concepto de autoridad y un cambio de actitud respecto de quien lo aplica*»[9].

Dentro del Cuerpo Nacional de Policía, el planteamiento de la mediación, aunque pudiese parecerlo, no es algo pionero, ya que desde hace unos años en la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental[10] se está desarrollando un proyecto en este sentido[11].

El 13 de diciembre de 2010 la Universidad de Granada (UGR) y el Ministerio del Interior (MI) suscribieron un Convenio Específico en Materia de Mediación[12], por el que se crea el Servicio de Mediación en la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental, con el que se daba cobertura a las prácticas del Master propio de Mediación Familiar, Social y Laboral de la UGR. En él se prevén una

---

7. Boqué Torremorell, M. C., *Cultura de mediación y cambio social*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 56-57.

8. Gallardo Campos, R. A., Pérez Beltrán, H. y Pérez i Montiel, J., *Mediación policial: un oxímoron*, Loisele Ediciones, Valencia, 2013, p. 23.

9. Redorta Lorente, J., «Aspectos críticos de la mediación en contextos de policía», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, número 15, diciembre 2004, pp. 29-46.

10. Uno de los responsables del servicio, el Inspector Jefe Juan Antonio Cruz Parra, ha dedicado un apartado específico a este tema dentro de su tesis doctoral que versa sobre *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso penal español y sus posibles soluciones*, Universidad de Granada, Granada, 2013.

11. En www.revistamediara.es/articulos/16/granada, consultado el 13/10/2017.

12. Incardinado en el Convenio Marco de Colaboración que ambas instituciones habían suscrito en 2005.

serie de modalidades de participación conjunta[13], que se establecen con el firme convencimiento de que pueden contribuir a «la Mejora de la Convivencia Ciudadana y la Paz Social».

Se parte de que el Cuerpo Nacional de Policía[14] en el desarrollo de sus labores propias, identifica conductas que aunque próximas al Derecho Penal, pueden ser apartadas de las vías punitivas, reconduciéndolas, previo acuerdo de las partes, a caminos distintos de la Justicia Penal. Estos problemas tendrían su origen, en muchos casos en conductas desviadas, pequeños conflictos interpersonales de menor entidad, con expresión de calificativos injuriosos, amenazas menores, etc., «*que pueden ser derivados a vías de solución de mutuo acuerdo, esto es, a mediación*».

Cabe identificar el desarrollo de las posibilidades de actuación de la Policía en el campo de la Justicia restaurativa en este proyecto como un paso adelante dentro del análisis de la evolución de la relación de la institución policial con los ciudadanos, en la que se destacan los esfuerzos para eliminar las barreras de conocimiento que les separan[15].

Se trata de que la policía asuma nuevas responsabilidades de intervención comunitaria, redefinir su rol como elemento de control de una sociedad plural y democrática y ahondar en la perspectiva de la comunicación, en la idea de que contribuya a cambiar la perspectiva en cuanto al papel de la policía, proyectando su otrora papel represor al de verdadero referente social[16].

La mediación policial podría entenderse como aquélla que se realiza en el seno de las instituciones policiales[17]. Supone la traslación al ámbito policial de las ideas, principios y técnicas de la mediación. No se trata de una cuestión desconocida totalmente ya que en numerosas intervenciones los agentes realizan mediaciones informales, pero consideramos que debe darse un paso más, aspirando a que los propios policías puedan ir más allá de esas mediaciones informales que realizan casi a diario, llegando a erigirse como un elemento más dentro de la función policial.

---

13. Estas modalidades son: investigación y desarrollo; prestación de servicios técnicos; formación especializada y prácticas formativas.

14. Al igual que otras instituciones, entre las que señala: la Universidad, el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal.

15. Recoge como ejemplo de esta ruptura: las campañas de publicidad con consejos «amables» sobre seguridad doméstica y la creación de unidades dedicadas a la interacción con colectivos especialmente vulnerables.

16. Cruz Parra, J. A., *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, Universidad de Granada, Granada, 2013, p. 432.

17. Cruz Parra, J. A., *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, …*op. cit.*, p. 433.

En nuestra opinión, la Policía se encuentra en un momento óptimo para dar un paso más, se ha ido acercando al ciudadano, aspirando a ser algo más que un mero operador de seguridad. Conceptos como la calidad o el servicio público reflejan el cambio que estos últimos años ha experimentado la esfera policial, cambio que ha situado al ciudadano en el centro de su actuación.

En este sentido, Mejías Gómez también se muestra partidario de «*instalar en las comisarías del Cuerpo Nacional de Policía, en los Cuarteles de la Guardia Civil y en los retenes de las policías locales, oficinas de mediación, servidas por funcionarios policiales formados específicamente en materia de mediación. Se trata de evitar que toda actuación policial con contenido penal se remita automáticamente al juzgado correspondiente. Esto no tiene sentido alguno y contribuye al atasco judicial, pues tenemos que tramitar asuntos penales muy complejos que, exigen todos nuestros esfuerzos, y paralelamente y al mismo tiempo tenemos que dedicarnos a juzgar peleas de vecinos u otros asuntos similares.* (…) *Hay muchos asuntos que podrían acabar en la comisaría de policía o en el cuartel de la guardia civil o en el retén de la policía local. Muchos juicios de faltas por peleas o discusiones de vecinos o de peleas o discusiones en el ámbito escolar podrían finalizar mediante un adecuado proceso de mediación realizado por los propios funcionarios policiales. No basta con policías con buena voluntad o con determinada simpatía, es imprescindible que se les haya formado en mediación y que sepan aplicar bien las técnicas y las fases de la mediación* (…)»[18].

La labor policial está directamente vinculada con los conflictos, ya que se trata del escenario en el que ha de desplegar su actividad. Lo habitual es recurrir a la Policía cuando el problema ha alcanzado niveles que el ciudadano considera difíciles de manejar. En este sentido, no debemos olvidar que se trata de una institución de personas trabajando para personas, que tiene la capacidad y el prestigio suficiente para aportar recursos que permitan la desescalada del conflicto, tanto entre los ciudadanos como entre los grupos sociales[19]. Los recursos de que disponen estos profesionales son, eminentemente, el proceso penal o recurrir al sistema sancionador en vía administrativa.

La experiencia hace que muchos de estos policías sean conscientes de que la apertura de la vía jurisdiccional, en ocasiones, lejos de resolver la situación, conllevará que en un futuro no demasiado lejano se produzca o un nuevo incidente o bien que se inviertan los papeles, convirtiéndose el ahora denunciado en denunciante y viceversa. Estos supuestos que, como decimos, son clasifica-

18. Mejías Gómez, J. F., *La mediación como forma de tutela efectiva*, El Derecho Editores, Madrid, 2009, p. 169.

19. Gallardo Campos, R. A., *Mediación Policial: un oxímoron*, *…op. cit.*, p. 27.

dos de forma casi automática por la praxis, tienen en su gran mayoría un elemento común: la existencia de convivencia entre las partes en conflicto, matizada con la necesidad de mantenerla en el tiempo. Es decir, estaríamos en el ámbito familiar, vecinal, escolar o laboral, situaciones en las que la relación entre las partes no se puede cortar de forma radical. Es más, incluso en otro tipo de incidentes que queden sin resolver y en los que no existe mayor relación entre las partes, no debemos olvidar que también en las ciudades, no resulta difícil que las personas se reencuentren o que las situaciones se repitan[20].

Conscientes de la viabilidad y, por qué no decirlo, adecuación de la mediación en el ámbito policial, debemos tener claro que este tipo de planteamientos, para ser eficaces y desarrollarse de forma adecuada implican necesariamente a jueces y fiscales, respetando la legalidad vigente y garantizando la seguridad jurídica y demás principios establecidos en la Constitución.

No obstante, viendo las bondades y utilidades que proporcionaría la mediación a las intervenciones policiales en conflictos entre ciudadanos, el formar a profesionales en este ámbito supone interiorizar una serie de herramientas y habilidades para su afrontamiento y gestión, lo que necesariamente conlleva un cambio, un «gran cambio», a nivel profesional y personal; por lo que sería muy difícil compartimentar el uso de la mediación exclusivamente a cuestiones entre ciudadanos.

1. Mediación policial vs. omisión del deber de perseguir delitos

Ante la comisión de un hecho delictivo la decisión que los agentes de policía puedan adoptar sobre su actuación no es autónoma y libre. La persecución de delitos es una obligación cuyo incumplimiento se recoge en el artículo 408 del Código Penal (CP). La Policía no puede ejercer el principio de oportunidad y decidir si remite o no a la Autoridad Judicial una concreta *notitia criminis*.

El artículo 408 CP establece que «*La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años*».

Desde la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la creación de los delitos leves, el debate acerca de si la no per-

20. Incluso en grandes ciudades hay hábitos o lugares que se frecuentan que pueden ser difíciles de cambiar.

secución de las faltas podía ser objeto del tipo penal quedaría ya resuelto al desaparecer el Libro III en el que se recogían las conductas constitutivas de falta.

A la hora de plantear la materialización de mediaciones en sede policial sin existir convenio de ningún tipo con la Fiscalía y el Poder Judicial, y como algo alternativo a la formalización de la denuncia, tratándose de hechos constitutivos de delito, se puede generar la duda sobre si se podría estar incurriendo en una posible responsabilidad en virtud del artículo citado.

En este sentido, como señala Muñoz Cuesta[21], el comportamiento intachable y de respeto absoluto a la legalidad que se le exige al funcionario público radica en la concepción prestacional de la Administración, cuya finalidad es proporcionar al ciudadano servicios públicos en condiciones óptimas. Dentro de ese concepto de la Administración Pública se debe encuadrar la función judicial y policial de perseguir delitos, ya que en un Estado de Derecho ello es esencial para garantizar la estabilidad y la seguridad de los ciudadanos.

Se trata de un delito de omisión que consiste en un no hacer por quien tiene obligación de actuar conforme a unas pautas de comportamiento legalmente establecidas; no es preciso para su consumación que se produzca un resultado. La conducta típica consiste en dejar de promover la persecución de los delitos de los que se tenga noticia o de sus responsables, lo que supone una dejación de obligaciones, permitiendo que los responsables de las conductas criminales no sean perseguidos, es decir que debido a la pasividad del funcionario los hechos delictivos no perseguidos pudieran quedar impunes y con ello los partícipes en los mismos.

Un matiz importante es que ni la buena voluntad ni el celo profesional sirven para justificar este tipo de conductas, es decir, el artículo 408 CP recoge una conducta, dejar «(…) *intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables*», no habiendo previsto el legislador causa de exención de la responsabilidad criminal específica por motivos altruistas o humanitarios. El interpretar que un funcionario pueda justificar la omisión en la persecución de un delito en motivos como los descritos incidiría de forma directa en la seguridad jurídica.

Sin embargo, la supresión formal del Libro III del CP no ha supuesto la desaparición de la totalidad de las infracciones penales en él descritas: una parte[22] ha

21. Muñoz Cuesta, F. J., «Omisión del deber de perseguir delitos: consentir actividad delictiva a confidente de la policía», *Repertorio de Jurisprudencia*, número 15, 2006.

22. «Exigua» en palabras de la Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, apartado primero «Consideraciones preliminares», p. 1.

quedado definitivamente despenalizada y entregada a otras formas de reacción jurídica (sancionadora-administrativa o civil), mientras que el resto subsiste bajo la forma de delitos leves, de modo que el Código, aunque reducido a dos Libros, establece una división tripartita de las infracciones penales, que ahora se denominan delitos graves, menos graves y leves en atención a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP).

El legislador ha estimado oportuno que el Derecho Penal se reserve para la solución de aquellos conflictos que presenten una especial gravedad. La reducción del actual número de faltas penales (y su consiguiente cambio de denominación), viene orientada por el principio de intervención mínima consiguiendo descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores, carentes de verdadera relevancia, que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves.

En cuanto a los delitos leves, debemos realizar una serie de matizaciones ya que, a diferencia de lo que se establece para delitos graves y menos graves, la condición de delito leve se atribuye cuando la pena prevista, por su extensión, pueda considerarse como leve pero también como menos grave.

Normalmente estos delitos leves se castigarán con penas de multa, que se consideran más adecuadas para sancionar infracciones de escasa entidad, y además con un amplio margen de apreciación para que el juez o tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta. No obstante, se recurre a la imposición de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente cuando se trata de delitos de violencia de género y doméstica, con el fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa.

Además, la nueva categoría de delitos leves requiere, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado. No obstante este requisito de perseguibilidad no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica. Pasando a ser de un año el plazo de prescripción de éstas[23], lo que las equipara en este aspecto a los delitos de injurias y calumnias.

En relación con las causas que extinguen la responsabilidad criminal (*vid*. art. 130 CP), junto a la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, el indulto, la prescripción del delito, de la pena o de la medida de seguridad, el legislador señala también el perdón del ofendido

23. En cuanto al plazo de prescripción de los delitos leves, señalar que se ha aumentado a un año (frente a los seis meses de las faltas penales de la anterior regulación).

«*cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea*». Este perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá a oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

Se introducen así dos elementos que en el contexto de una hipotética mediación policial consideramos de especial trascendencia: la necesidad de denuncia previa del perjudicado para la persecución de determinados delitos leves, y la referencia expresa al perdón del ofendido como causa de extinción la responsabilidad criminal.

La tradicional contraposición del principio de legalidad con el de oportunidad, supone en este caso que éste último se va asomando tímidamente en el escenario procesal, pero no de la mano de la Policía, sino del Fiscal que es de quien dependerá valorar esas circunstancias y en su caso solicitar el archivo de la causa. Pero en ese contexto en el que parece que al fin se le da importancia a la voluntad de la víctima del delito, podríamos plantearnos que instituciones como la policía de quienes parte el atestado policial puedan colaborar mediante actividades complementarias que contribuyan a la toma de estas decisiones, es decir, en el atestado la actividad que despliega la policía y las diligencias se realizan para verificar las circunstancias en las que se cometió el hecho delictivo, recabar pruebas, filiaciones de testigos, etc. Pero en ningún caso, se plantea la posibilidad de orientar su actividad en una línea restaurativa, como podría ser el ofrecimiento de la posibilidad de mediación, cuya aceptación por las partes, y su desarrollo posterior, podría ser un elemento a tener en cuenta por el Fiscal.

La formación en mediación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado posibilitaría no sólo la aplicación de mediaciones formales, sino que, como hemos referido anteriormente, mejoraría las informales. Las actuaciones de la policía en materia penal y procesal no suponen para los agentes un problema desde el punto de vista procedimental, al margen de las consideraciones que en referencia a la mediación se pueden hacer; pero esas otras situaciones en las que el supuesto es atípico, generan en ocasiones en los policías un sentimiento de impotencia, ante la sensación de haber dejado la cuestión en el aire, y no tener la posibilidad de ayudar a los ciudadanos en su gestión.

Entendiendo la mediación policial como la forma en que las personas pueden resolver sus conflictos, por medio del diálogo y con ayuda de un policía mediador imparcial, en donde cada una de las partes en conflicto tienen la oportunidad de exponer el problema, y colaborar voluntariamente con el fin de lograr un acuerdo que pueda satisfacer a ambas, reparando el daño causado y solu-

cionando o transformando el problema[24], podemos valorar si las situaciones que se dan en este ámbito serían o no adecuadas para ir a mediación.

Al margen de análisis generales, no debemos olvidar que no todas las situaciones son mediables, y aunque en general se entienda que un determinado tipo de conflictividad podría encontrar en la mediación una vía de resolución o gestión, ello no quiere decir que todas las situaciones que se produzcan deban remitirse necesariamente a mediación.

Como ya hemos señalado, las bondades y utilidades que proporcionaría la mediación a las intervenciones policiales relacionadas con conflictos entre ciudadanos parecen evidentes; pero el asumirla supondría una nueva forma de trabajar desde la seguridad ciudadana y la prevención. Es más, se trata de algo que trasciende a la esfera personal y que en ese sentido produce también una transformación cultural que, difícilmente se puede limitar desde el inicio exclusivamente a los conflictos entre los ciudadanos.

2. Bibliografía

Boqué Torremorell, M. C., *Cultura de mediación y cambio social*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.

Cobler Martinez, E., Gallardo Campos, R. A., Lázaro Guillamón, C. y Pérez i Montiel, J., *Mediación Policial. Teoría para la gestión del conflicto*, Colección práctica de mediación, Dykinson, Madrid, 2014.

Mediación Policial, Práctica para la gestión del conflicto, Dykinson, Madrid, 2015.

Cruz Parra, J. A., «La mediación en el proceso penal español. Propuestas en torno a su aplicación», *Ciencia Policial. Revista técnica del Cuerpo Nacional de Policía*, número 113, 2012.

Cruz Parra, J. A., «La mediación penal (II). Relato de una experiencia de mediación en la Jefatura Superior de Granada», *Ciencia Policial. Revista técnica del Cuerpo Nacional de Policía*, número 118, 2013.

Cruz Parra, J. A., *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, Universidad de Granada, Granada, 2013.

Gallardo Campos, R. A. y Cobler Martinez, E., *Mediación Policial: el manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Gallardo Campos, R. A., Pérez Beltrán, H. y Pérez i Montiel, J., *Mediación Policial: un oxímoron*, Loisele Ediciones, Valencia, 2013.

Mejías Gómez, J.F., *La mediación como forma de tutela efectiva*, El Derecho Editores, Madrid, 2009.

Muñoz Cuesta, F. J., «Omisión del deber de perseguir delitos: consentir actividad delictiva a confidente de la policía», *Repertorio de Jurisprudencia* número 15, 2006.

24. Cobler Martinez, E., *Mediación Policial. Práctica para la gestión del conflicto*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 132.

Redorta Lorente, J., «Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de Policía», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, número 15, diciembre 2004.

Redorta Lorente, J. y Gallardo Campos, R., «Nuevas herramientas en Seguridad Pública: la mediación policial», en *Revista E-mediación*, número 180, 2014.

El Estatuto Jurídico de la Víctima. El modelo español y otras manifestaciones en el área de Iberoamérica

Laura Álvarez Suárez
Doctoranda del Área de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

1. La evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima

Las facultades y poderes de la víctima del delito han ido evolucionando y cambiando a lo largo de la historia, de hecho, se pueden diferenciar tres momentos: un primer período en el que estaba permitida la venganza individual, otro en el que la víctima tiene una posición marginal debido a la asunción del *ius puniendi* por parte del Estado, y, por último, podemos hablar del «redescubrimiento» de la víctima con la actual reparación social.

El primer período se extiende desde los orígenes de la vida en sociedad hasta la Baja Edad Media, en un primer momento se caracterizaba porque la víctima podía decidir el castigo del infractor, pero con la agrupación del hombre primitivo en colectivos y la decadencia del individualismo, la decisión sobre el castigo del infractor le empieza a corresponder a la familia y no a la propia víctima, por lo que la venganza deja de ser individual para convertirse en colectiva[1].

En la etapa de neutralización de la víctima, los delitos empiezan a concebirse como una ofensa hacia el monarca y un ataque a las condiciones de vida social y no una agresión a la propia víctima. Con la llegada de la Edad Media y la asunción del *ius puniendi* por el Estado en la mayor parte de Europa, la víctima queda totalmente reemplazada por la figura del acusador público, considerándose al Estado y al agresor los únicos protagonistas del litigio[2]. España fue el único

1. Pérez Rivas, N., «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: Especial referencia al Derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, número 41, 2017, p. 3.

2. Pérez Rivas, N., *op. cit.*, pp. 6 y ss.

estado que no atribuyó el monopolio de la acción al Ministerio Público, pudiendo iniciarse el procedimiento por pesquisa o por denuncia, presentada por cualquier persona o por el querellante, dependiendo de la naturaleza del delito.

El redescubrimiento de la víctima viene de la mano de la aprobación de diversos textos jurídicos encaminados a que recobre su protagonismo y protección; en el ámbito de las Naciones Unidas, tuvo una especial relevancia la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder, aprobada por la Resolución 4/34 de la Asamblea General de las NNUU, de 29 de noviembre de 1985, considerada la «Carta Magna de los derechos de las víctimas». En el ámbito de la Unión Europea, el Consejo ha mostrado su preocupación por mejorar el estatuto jurídico de las víctimas mediante la creación de la subcomisión especial de expertos en victimología, en política criminal y en política social, órgano destinado al estudio de la materia y a la confección de recomendaciones jurídicas[3]. De otro lado, la UE ha aprobado numerosas disposiciones legales con la finalidad otorgar un estatuto jurídico a las víctimas; en este sentido, cabe destacar instrumentos como la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo; sustituida posteriormente, por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 25 de octubre, o, la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos.

2. Posición jurídica de la víctima en el ámbito de la UE: la Directiva 2012/29/UE

En la UE se ha ido tomando conciencia paulatinamente sobre la necesidad de posicionar a las víctimas en un lugar predominante dentro de la justicia penal europea; así, tras la creación del nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia a través del Tratado de Ámsterdam (1999), se han elaborado normas sobre protección de las víctimas, y en concreto, sobre su acceso a la justicia y su derecho de indemnización[4].

En este contexto, se aprobaron la Decisión Marco 2001/220/JAI, sustituida por la Directiva 2012/29/UE, que tenía como principal objetivo garantizar que las víctimas de delitos recibieran información, apoyo y protección adecuadas y que pudieran participar de forma activa en los procesos penales, y, la Directiva 2004/80/CE cuya finalidad era instaurar un sistema de cooperación entre Esta-

3. Pérez Rivas, N., *op. cit.*, pp. 24 y ss.

4. Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. L., *La víctima en la Justicia penal (El Estatuto jurídico de la víctima del delito)*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 60.

dos miembros que garantizase la indemnización justa y adecuada de delitos transfronterizos, cualquiera que fuese el territorio donde se cometiera el mismo. No obstante, un Informe de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2009[5], reveló que el grado de cumplimiento de la Decisión 2001/220/JAI, era inexistente porque ningún Estado miembro había aprobado una disposición legal única que contuviera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y consideró ineludible su desarrollo general y efectivo. En lo que respecta a España, el citado informe señaló que existía un marco normativo garante de los derechos de la víctima, pero indicó que el mismo se encontraba disperso en diferentes leyes[6].

Con el propósito de que todos los Estados miembros implantaran un Estatuto jurídico de la víctima se aprueba la Directiva 2012/29/ UE, que establece las normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas, la misma se caracteriza por tener un efecto directo y vertical que obliga a todos los Estados a su transposición.

De acuerdo con la referida Directiva, las víctimas deben de ser reconocidas y tratadas de forma respetuosa, sensible y profesional, sin motivos de discriminación de ningún tipo (por raza, color, etnia, religión, etc.). En todos los contactos con las víctimas, las autoridades competentes y los servicios de apoyo deben tener en cuenta su situación personal y sus necesidades inmediatas, a la vez que deben respetar plenamente su integridad física, psíquica y moral. Se preocupa también la Directiva por la protección frente a la denomina victimización secundaria, así como frente al riesgo de sufrir intimidación y represalias. Importante es, también, la necesidad de suministrar a las víctimas el apoyo necesario para hacer más fácil su recuperación y acceso a la justicia. Insiste, en fin, la Directiva en la idea de que los Estados deben adoptar las medidas precisas para que los derechos de la víctima no estén condicionados por su residencia, ciudadanía o nacionalidad.

De especial interés son las medidas propuestas en relación a la victimización secundaria, cuyo objetivo principal es erradicar todo daño que la investigación y ulterior enjuiciamiento del delito puedan suponer para la víctima, sumándose al que ya le ha causado la infracción penal.

Para la Directiva, es imprescindible tratar de equilibrar los derechos de la víctima y los del agresor, y por ello indica expresamente que los derechos que recoge se han de entender sin perjuicio de los del agresor[7].

---

5. Pérez Rivas, N., *op. cit.*, pp. 29 y ss.

6. Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M., y Perrino Pérez, Á. L., *op. cit.*, p. 61.

7. Matizando que el término «agresor» se refiere a la persona condenada por un delito, aunque la Directiva también alude a los sospechosos e inculpados, antes de que se haya conocido la culpabilidad o dictado la sentencia, y sin perjuicio de la presunción de inocencia.

Por último, destacar, que la Directiva confiere un tratamiento especial a determinados colectivos como las víctimas de terrorismo, de violencia de género, menores de edad y personas con discapacidad, señalando que se les debe proporcionar un apoyo especializado que tenga en cuenta sus necesidades particulares, la gravedad del daño sufrido como consecuencia del delito, así como la relación entre las víctimas, los infractores, sus hijos y su entorno social.

3. El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Ordenamiento español

En el Ordenamiento Jurídico español la víctima nunca ha quedado excluida de la Justicia penal, siendo posible su intervención en el proceso, ya sea como acusación particular para proteger un interés propio o como acusación popular sin necesidad de poner de manifiesto tal interés (*ex* artículo 101 LECrim)[8]. Esto se ratifica con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, cuyo artículo 24, reconoce, a todos, el derecho a una tutela judicial efectiva, por lo que también otorga a la víctima un lugar en el proceso penal, dotando a la misma del derecho de libre acceso al proceso y debiendo ser instruida sobre todos los derechos que le asisten.

La protección de las víctimas es una materia que despierta una gran sensibilidad social en España, en especial, a partir de la gran incidencia que tuvo el terrorismo. Gran parte de las normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas que establece la Directiva 2012/29/UE, ya estaban recogidas en nuestro Ordenamiento Jurídico. No obstante, se encontraban fragmentadas en diversos textos normativos vinculados a las víctimas de determinados delitos, como los delitos contra la indemnidad sexual, de violencia de género o terrorismo[9]. La Directiva se traspone mediante la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito (en adelante, Estatuto de la Víctima), su objetivo primordial, es acoger en un texto normativo único el catálogo de derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas, sin perjuicio de las remisiones a la normativa especial para víctimas con especiales necesidades o especial vulnerabilidad[10].

---

8. Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. L., *op. cit.*, pp. 28 y 29.

9. El marco que garantizaba los derechos de las víctimas se encontraba disperso en las siguientes leyes: la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo); la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y por último, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo.

10. Tovar Torres, M., *Especial Enjuiciamiento Criminal 2015. «Un año de reformas»*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2015, p. 17.

3.1. El ámbito de aplicación de la Ley 4/2015 y el concepto de víctima

El Estatuto de la Víctima establece un ámbito de aplicación objetivo fundado en el principio de territorialidad, de manera que lo relevante es que de los delitos hayan sido cometidos en España o puedan ser perseguidos en España, con independencia de las circunstancias personales de la víctima (nacionalidad, mayoría de edad o residencia legal).

Desde el punto de vista subjetivo, se proporciona un concepto de víctima que distingue entre víctimas directas e indirectas, extendiendo la protección a ambas por igual, de manera que gozan de los mismos derechos. De acuerdo con esta definición, debe entenderse por víctima no solo a la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o su patrimonio directamente causado por la comisión de un delito, sino también a los familiares de la persona ofendida cuya muerte haya sido causada directamente por el delito, en los términos del artículo 2[11].

En la doctrina hay quienes entienden que se trata de un concepto amplio de víctima, ya que no solo comprende a la persona ofendida por la infracción penal, sino también a los familiares de la persona cuya muerte ha sido causada por el delito[12]. No obstante, el legislador ha excluido expresamente del concepto de víctimas a los terceros que hubieran sufrido un daño como consecuencia del delito.

3.2. Los derechos extraprocesales de las víctimas

Los derechos extraprocesales se reconocen a todas las víctimas con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal, los mismos se regulan del artículo 4 a 10 del Estatuto de la Víctima.

En tales preceptos se establece el derecho de las víctimas a entender y a ser entendidas (art. 4), de modo que, las comunicaciones han de realizarse en un lenguaje claro, sencillo y accesible, ya sea oral o escrito. Llama la atención de

---

11. En este sentido, la norma considera víctimas indirectas, en caso de muerte o desaparición de una persona, al cónyuge (no separado legalmente o de hecho), a los hijos de la víctima o del cónyuge (no separado legalmente o de hecho), a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella, a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda; y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontrasen bajo su acogimiento familiar. En el supuesto de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos.

12. Gutiérrez Romero, F. M., «Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 7/2015, p. 2.

la norma que, las víctimas en sus diligencias y trato con las autoridades pueden estar acompañas por la persona que designen, sin perjuicio de la intervención del abogado cuando proceda. Parte de la doctrina considera que con esta previsión el legislador pretendía que la víctima se sienta más arropada desde un punto de vista personal[13]. Las víctimas también tienen derecho a recibir información (art. 5), desde el primer contacto con la autoridad y sin retrasos innecesarios, dicha información es muy extensa y comprende desde el tipo de apoyo que pueden obtener hasta las condiciones para el reembolso de los gastos en que hayan incurrido como resultado de su participación en el proceso penal. El derecho de información incluye también la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas.

En estrecha relación con lo anterior, se encuentra el derecho a la traducción e interpretación (art. 9). Las víctimas que no hablen o no entiendan la lengua del proceso tienen derecho a ser asistidas gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprendan, cuando se les reciba declaración en la fase de investigación por el Juez, Fiscal o la policía; o cuando intervengan como testigos en el juicio. Este derecho incluye, a su vez, la traducción escrita y gratuita de la información esencial de la causa penal; como puede ser la designación de lugar y hora del juicio.

De otro lado, con independencia de que se personen en el proceso, las víctimas pueden recibir información sobre ciertos hitos de la causa penal (art. 7), si así lo solicitan. También gozan del derecho a un período de reflexión, que prohíbe a Abogados y Procuradores ofrecer sus servicios profesionales a las víctimas de catástrofes o calamidades públicas hasta que no hubieran transcurrido 45 días desde el hecho. Por último, se regula también el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo, que abarcan la acogida inicial, orientación e información y medidas concretas de protección (art. 10).

3.3. La participación de las víctimas en el proceso

El artículo 11 del Estatuto de la Víctima reconoce el derecho de las víctimas a participar en el proceso tanto ejercitando directamente la acción penal y la civil, como compareciendo ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estimen relevante para el esclarecimiento de los hechos. Para hacer efectiva esta participación, la Ley establece la obligación de notificar a las víctimas las resoluciones de sobre-

13. Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. L., *La reforma Procesal Penal de 2015*, Editorial Dynkinson, S.L., Madrid, 2015, p. 70.

seimiento y archivo de las actuaciones, con el propósito de que puedan recurrir las mismas conforme a lo dispuesto en la LECrim, aunque no se hayan personado anteriormente en el proceso.

Por lo tanto, la norma prevé la participación de la víctima en todas las fases del proceso, incluso en la de ejecución, ya que la Ley habilita a la víctima para poder recurrir algunas resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia penitenciaria que afectan a la situación penitenciaria del infractor condenado[14]. Esta intervención no ha quedado exenta de críticas, Jaén Vallejo y Perrino Pérez analizando la doctrina afirman que, un sector entiende que es perjudicial para la eventual resocialización del delincuente, fin último de la pena de acuerdo con el art. 25.2 CE, considerando que el interés de la víctima finaliza en términos procesales con la sentencia firme de condena. Por el contrario, los autores citados han defendido que la fase de ejecución no le es indistinta a la víctima por lo que respecta a la reparación del daño, a la satisfacción moral y a la seguridad personal y familiar; y, que además su intervención activa puede llevar a que el autor del delito tome conciencia del daño ocasionado y de la necesidad de reparar el mismo, ayudando con ello a su reinserción social[15].

Por último, es importante destacar que en el Estatuto de la Víctima también está prevista la Justicia Restaurativa de acuerdo con la Exposición de Motivos la actuación de estos servicios está enfocada a la reparación material y moral de la víctima. Los presupuestos que deben concurrir son el consentimiento libre e informado de la víctima, el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor y su consentimiento, que no suponga un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales en la misma y, finalmente, que no esté prohibida por Ley para el delito cometido. Conviene destacar que, un sector doctrinal entiende[16] que las previsiones de Justicia Restaurativa del Estatuto deberían haber ido acompañadas de una reforma de la LECrim a los efectos de introducir medidas que posibilitaran la incorporación de la validez de los acuerdos en el proceso penal, más teniendo en cuenta que dicha Ley no menciona ni la mediación ni los efectos del pacto alcanzado, por lo que parece que no se puede retrasar más la reforma de la LECrim.

---

14. La Ley permite que la víctima recurra el auto que autoriza la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, el que acuerde los beneficios penitenciarios y el que conceda la libertad condicional del penado, cuando se trate de víctimas de determinados delitos (art. 13 del Estatuto de la Víctima).

15. Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez Á. L., *op. cit.*, pp. 68 y 69.

16. Vidales Rodríguez, C. y Planchadell Gargallo, A., «La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 39/2015, p. 9.

3.4. Las medidas de protección de las víctimas

Destaca de la Ley que las medidas de protección se adoptan tras una valoración de las circunstancias particulares de la víctima que permita determinar cuáles son las medidas más convenientes dependiendo de sus necesidades[17]. Además, dichas medidas no sólo tienen la finalidad de proporcionar protección física a la víctima y a sus familiares, sino también de impedir que la victimización secundaria cause más daños psicológicos o emocionales a la víctima, protegiendo de este modo su dignidad. Para la doctrina, esta legislación va un paso más allá que la anterior, pues antes de que entrara en vigor esta ley las medidas de protección y seguridad tenían como único objetivo evitar un menoscabo en la vida o integridad (física o psíquica) de las víctimas, mientras que ahora también se pretende proteger su libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexual, intimidad y dignidad[18].

Como medidas de protección en la fase de investigación se prevé que las víctimas reciban declaración en dependencias especialmente adaptadas a tal fin y por profesionales que hayan recibido una formación especial. Asimismo, la Ley establece que las tomas de declaración a una misma víctima se realicen por el mismo profesional en la medida de lo posible, así como que la toma declaración debe de realizarse por una persona del mismo sexo que la víctima, en casos de delitos de violencia de género o contra la libertad sexual. En la fase de enjuiciamiento se debe evitar cualquier contacto visual entre la víctima y el agresor, la víctima puede ser oída sin estar presente en la sala de vistas haciendo uso de las nuevas tecnologías, se deben evitar las preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima que no guarden relación con la causa penal, y las vistas se pueden efectuar sin la presencia de público[19].

En último lugar, en la norma están previstas una serie de medidas de protección especiales para los menores y las personas con discapacidad. De modo que, las declaraciones efectuadas por estas víctimas en la fase de investigación pueden ser grabadas por medios audiovisuales y reproducidas, posteriormente, en el juicio. Para incrementar la protección de estas víctimas, la Ley prevé también que el Fiscal pueda instar del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial, en los casos en que exista conflicto de intereses con los repre-

---

17. La Ley 4/2015 establece los criterios que se deben tener en cuenta en la valoración individual de la víctima (características personales, naturaleza del delito, gravedad de los perjuicios causados, etc.). También determina a quien le corresponde realizar esta evaluación, dependiendo de la fase del procedimiento (a la policía, al Fiscal, al Juez de Instrucción o Juez de Violencia sobre la Mujer o al Tribunal sentenciador).

18. Gutiérrez Romero, F. M., *op. cit.*, p. 6.

19. El artículo 25 de la Ley 4/2015, prevé las medidas de protección a adoptar en la fase de investigación y en la de enjuiciamiento.

sentantes legales, cuando la víctima no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejercen la patria potestad o cargos tutelares (art. 26).

4. La posición jurídica de la víctima en Iberoamérica

En Iberoamérica al igual que en Europa se pueden observar distintas etapas en la evolución histórica que ha venido experimentando la protección de las víctimas. Con anterioridad a la colonización, en la cultura de los pueblos indígenas (Aztecas, Mayas e Incas), se puede apreciar cómo se atribuía a la víctima una especial relevancia, asumiendo ésta una posición central, de modo que, la reparación del ofendido era considerada esencial para solventar los actos antijurídicos. Esta panorámica es objeto de una profunda transformación a partir del periodo colonizador, con la llegada de los españoles y los portugueses y la progresiva implantación de sus propias instituciones jurídicas; los colonizadores van haciendo desaparecer los *sistemas normativos* indígenas, trasladando las figuras jurídicas europeas a Iberoamérica[20].

Una de las circunstancias que contribuyó a la pérdida de relevancia de la figura del ofendido en la investigación y enjuiciamiento de los delitos y que favoreció la atribución al mismo de un papel secundario, fue la aparición del Estado y la Teoría del Bien Jurídico. Aunque la mayoría de los Códigos Procesales de Iberoamérica permitían la posibilidad de que el ofendido participara como «parte civil» en el proceso criminal, era una realidad más teórica que práctica, ya que el hecho de que casi todos los delitos fueran intencionales y que los delincuentes carecieran de patrimonio o ingresos con que responder de los daños ocasionados, hacía que la víctima perdiera el interés en constituirse como parte civil en el proceso penal[21].

Los textos legales en materia procesal penal durante el siglo XIX estuvieron influenciados fundamentalmente por el Derecho español y el Derecho francés; ya en el siglo xx se deja sentir la presencia del Derecho italiano que adquiere una significativa y notable influencia[22]. Los principales sujetos del proceso eran el imputado y el Ministerio Público, asumiendo, en principio, los respectivos roles derivados de la defensa y la acusación. Asimismo, dos eran los tipos de acciones penales que se podían ejercitar en el proceso: la acción pública y la acción privada; aunque en algunos ordenamientos, se contemplaba una modalidad

20. Tiffer Sotomayor, C., «La posición del ofendido en el Derecho procesal penal Latinoamericano. Un estudio de derecho comparado», *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, número 1, 1989, p. 24. Texto disponible en: www.cienciaspenalescr.com/Revista_No_01_P.pdf (último acceso septiembre 2017).

21. Tiffer Sotomayor, C., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

22. Tiffer Sotomayor, C., *op. cit.*, p. 25.

de acción pública condicionada a la instancia privada. En este sentido, conviene aclarar que, pese a la existencia de la identidad en el origen del Derecho Procesal Penal propio de los estados iberoamericanos, no existe una homogeneidad absoluta puesto que, en general, cada Estado presenta sus propias singularidades jurídicas, lo que entraña una cierta complejidad a la hora de estudiar y analizar la materia.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989)[23], prevé un marco orientativo para los estados iberoamericanos con la finalidad de establecer uniformidad, pero el mismo no tiene carácter vinculante, quizás por esta razón la mayoría de los estados no lo han implantado. El Código Modelo no establece un concepto de ofendido por el delito ni le confiere un catálogo de derechos marco, pero dispone que «en los delitos de acción pública, la persona con capacidad civil, particularmente ofendida por el hecho punible, y su representante o guardador en caso de incapacidad, demostrando estos extremos, podrán provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público» (art. 78), reconoce el mismo derecho para los familiares del ofendido en el caso de que el delito haya ocasionado su muerte.

Con carácter general, en los estados iberoamericanos el monopolio de la acción penal le corresponde al Ministerio Fiscal, pero se permite la participación de la víctima en el proceso penal mediante figuras como, el querellante en delitos de acción pública, el querellante en delitos de acción privada, el actor civil y figuras dependientes de la instancia privada. Cuando la víctima actúa como querellante en los delitos de acción pública tiene un papel subsidiario, puesto que el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero en algunas legislaciones se le otorgan derechos y facultades que le permiten tener una mayor influencia en la persecución penal.

Por otro lado, a nivel internacional los estados iberoamericanos han promovido convenios y tratados internacionales buscando de forma directa o indirecta, el equilibrio que los ordenamientos jurídicos internos deben guardar entre la víctima y el victimario. Se pueden destacar textos como, la Carta de Derechos de Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (2002), las Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008) y la Carta Iberoamericana de derechos de las víctimas (2012). No obstante, pese a los esfuerzos por establecer una cierta uniformidad y equilibrio entre los estados de Iberoamérica, lo cierto es que las legislaciones son bastante heterogéneas.

23. Texto disponible en www.biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4221 (último acceso septiembre 2017).

5. Derechos de las víctimas en algunos estados de Iberoamérica

Entre los Estados de Iberoamérica no hay homogeneidad, sus códigos procesales son bastante diversos. Se trata de una cuestión longeva, puesto que, ya los códigos fruto de la colonización conferían un tratamiento distinto al ofendido. Sirvan como ejemplo, los estados de Chile y Costa Rica. En Chile nunca se ha excluido al ofendido del procedimiento penal; incluso, su código procesal de 1906 preveía la acción popular[24]. Por el contrario, en Costa Rica el código de 1975 relegaba a la víctima del procedimiento, otorgando el monopolio de la acción penal al MF[25].

En la actualidad, la tendencia general de las legislaciones iberoamericanas más recientes es la de permitir una mayor participación a la víctima en el proceso penal, bien sea ampliando su capacidad de intervención o reforzando e incrementado sus derechos. No obstante, aunque todos los Estados tienden a mejorar la posición de la víctima, no se consigue un equilibrio sistematizado en los derechos y la participación de la víctima en el procedimiento, lo que se explica en la gran desproporción que ya presentaban las legislaciones anteriores. A continuación, expondré algunos casos ejemplificativos.

En Costa Rica, a diferencia de lo que sucedía en el código anterior, con el código vigente de 1996, la víctima puede intervenir en el procedimiento penal a través de la figura del querellante en los delitos de acción pública (art. 75), pudiendo provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio. De acuerdo con esto, la legislación costarriqueña, otorga verdaderos derechos sustanciales a víctima, un ejemplo de ello es que «el auto de apertura a juicio se puede dictar con base en la acusación del Ministerio Fiscal o a la del querellante» (art. 321), si el juicio se abre con base únicamente en la acusación particular, el querellante continua en forma exclusiva el ejercicio de la acción penal.

En Guatemala, la víctima también puede intervenir como querellante en delitos de acción pública, pero a diferencia de Costa Rica, el agraviado solo puede provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Fiscal (art. 116), en el código procesal de Guatemala no se prevé que el querellante pueda continuar con la acusación. No obstante, puede ampliar o corregir la acusación del Ministerio Fiscal cuando omita algún imputado o circunstancia de interés para la causa penal (art. 337).

---

24. Lo que pone de manifiesto que en el ordenamiento chileno la figura del ofendido ha tenido relevancia siempre, quizás debido a la influencia del proceso español, referente inmediato del proceso chileno. Horvitz Lennon, M. I. y López Masle, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 285.

25. Garzona Meseguer, E., *Juzgamiento penal e inmunidad de los miembros de los Supremos Poderes*, San José, Costa Rica, 1994, pp. 120 y ss.

Llama una especial atención, de Costa Rica y Guatemala, el concepto tan amplio que establecen de víctima, considerando como tal a la persona directamente ofendida por el delito; a determinados familiares cuando el delito haya ocasionado la muerte del ofendido; a las personas socias, asociadas o miembros en delitos que afecten a una persona jurídica; y, por último, a las asociaciones o fundaciones en los delitos que afecten a intereses colectivos o difusos[26]. En cambio, el concepto de víctima en Chile es bastante similar al que existe en España, pues se entiende como tal al ofendido por el delito y a determinados familiares que establece el Código procesal cuando el delito haya ocasionado la muerte de la víctima[27].

Finalmente, destacar que, los derechos de la víctima en los estados también presentan divergencias, por ejemplo, Costa Rica establece un catálogo de derechos muy amplio que divide en tres bloques: derechos de información y trato, derechos de protección y asistencia y, por último, derechos procesales[28]. Sin embargo, Guatemala y Chile presentan un elenco de derechos bastante más reducido, aunque las víctimas pueden ejercerlos con independencia de que se constituya como querellante.

6. Valoración final

Del presente trabajo se desprende que hoy en día existe una preocupación a nivel mundial por conferirles a las víctimas participación activa en el proceso penal y un estatuto de derechos que garantice su protección, dignidad y recuperación. No obstante, pese a los esfuerzos llevados a cabo tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el de Iberoamérica, no existe un equilibrio generalizado en todos los países, puesto que cada estado tiene sus propias políticas criminales y leyes, que impiden que los derechos de las víctimas y su participación en el proceso penal sea igual en todos los estados.

---

26. Artículo 70 del CPP costarriquense y artículo 117 CPP Guatemala.

27. El artículo 108 CPP chileno, establece un orden de prelación entre los familiares a los que reconoce la condición de víctimas, por lo que la intervención de un determinado familiar excluye a los siguientes en el orden de prelación.

28. El artículo 71 del CPP de Costa Rica establece un amplio catálogo de derechos de las víctimas que divide en tres bloques, derechos de información y de trato, derechos de protección y asistencia y, por último, derechos procesales. Del primer bloque se pueden destacar el derecho a recibir un trato digno, a que se consideren las necesidades especiales de la víctima o a ser informada desde el primer contacto con la agencia judicial. Del segundo bloque destacan el derecho a solicitar protección especial para la víctima o para su familia y el derecho, en el caso de víctimas trabajadoras, a licencias con goce de salario para asegurar su intervención en diligencias y audiencias. Por último, como derechos procesales se encuentran el derecho a denunciar por sí o mediante un tercero apoderado, a ejercer la acción civil, a plantear querella en los delitos de acción privada, a revocar la instancia en los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, a apelar el sobreseimiento definitivo, etc.

El Estatuto de la víctima español se puede considerar uno de los más garantistas, tanto desde el punto de vista de participación en el proceso como desde el de los derechos de la víctima. La participación que se otorga a la víctima es muy amplia, puede intervenir ejerciendo la acción penal o civil y, también aportando a las autoridades pruebas o la información que estime necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Asimismo, prevé la intervención de la víctima en la fase de ejecución, otorgándole legitimación para recurrir las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria que afecten a la situación del penado. De este modo, se garantiza tanto la seguridad personal y familiar como la reparación moral de la víctima, y, se favorece a que el agresor tome conciencia del daño causado, contribuyendo a la resocialización del penado. Ni en el ámbito europeo ni en el de Iberoamérica existe un estado que otorgue una capacidad de intervención tan amplia a la víctima en el procedimiento penal.

Por otro lado, los derechos que se confieren a la víctima tienen la finalidad tanto de protegerla como de hacer que se sienta mejor durante procedimiento, permitiendo incluso que pueda asistir acompañada por la persona que designe a todas las diligencias, evitando de esta forma la victimización secundaria. No obstante, es necesario reformar la legislación española en aras garantizar la eficacia de la mediación, estableciendo mecanismos que introduzcan los efectos del acuerdo alcanzado en el procedimiento.

Por lo que respecta a Iberoamérica, se puede observar que las legislaciones más recientes, tienden a reforzar los derechos del ofendido y a mejorar su posición en el proceso penal. No obstante, las particularidades propias de cada estado hacen que los derechos de la víctima incrementen o disminuyan dependiendo del estado en el que se encuentre. Por último, llama la atención que, algunos estados de Iberoamérica, como Costa Rica y Guatemala, establecen un concepto muy amplio de víctima respecto de España, que solo considera como tal al ofendido directo por el delito y a la familia del mismo cuando el delito haya ocasionado su muerte.

7.-Bibliografía

Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. L., *La víctima en la Justicia penal (El Estatuto jurídico de la víctima del delito),* Editorial Dykinson, Madrid, 2016.

Garzona Meseguer, E., *Juzgamiento penal e inmunidad de los miembros de los supremos poderes,* San José, Costa Rica, 1994.

Gutiérrez Romero, F. M., «Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 7/2015.

Horvitz Lennon, M. I. y López Masle, J., *Derecho Procesal Penal Chileno,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, Á. L., *La reforma Procesal Penal de 2015*, Editorial Dynkinson, Madrid, 2015.

PÉREZ RIVAS, N., «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: Especial referencia al Derecho español», *Revista General de Derecho Procesal,* número 41, 2017.

TIFFER SOTOMAYOR, C., «La posición del ofendido en el Derecho procesal penal Latinoamericano. Un estudio de derecho comparado», *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, número 1, 1989. Texto disponible en: www.cienciaspenalescr.com/Revista_No_01_P.pdf.

TOVAR TORRES, M., *Especial Enjuiciamiento Criminal 2015. «Un año de reformas»*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2015.

VIDALES RODRÍGUEZ, C. y PLANCHADELL GARGALLO, A., «La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* número 39/2015.

Atención y protección de la víctima en el sistema penal: la mediación como modelo de justicia restaurativa

Laura Serramià Balaguer
Becaria FPU del Departamento de Derecho Público
Universidad de Lleida

En la concepción tradicional del derecho penal, la idea de justicia gira en torno al castigo por el mal cometido (*ius puniendi*). Así, la pena constituye el elemento central de todo el sistema, reconciliando, por un lado, a la colectividad con la idea de justicia, y de otro, sirviendo de intimidación a los posibles delincuentes, sin dejar de tener presente la facultad de resarcimiento hacia la comunidad. No obstante, este sistema deja sin respuesta a la víctima, la cual se percibe como un mero objeto y no como un verdadero sujeto protagonista del conflicto que el delito supone, viéndose doblemente atacada por el delito y por el posterior proceso necesario para el castigo del mismo[1]. Además, el derecho penal queda lejos de ofrecer una verdadera respuesta social a los problemas del comportamiento delictual, esto es, la pena por si sola es incapaz de restaurar el orden jurídico perturbado e igualmente tampoco es capaz de cumplir en ocasiones los fines constitucionales de rehabilitación y reinserción social del delincuente.

Ante esta realidad se inicia una búsqueda de nuevas vías que permitan solventar los conflictos de intereses y que realicen las funciones de control social. Una de las propuestas que se ha ofrecido al respecto ha sido la justicia restaurativa, presentada en ocasiones como un modelo alternativo de justicia, en oposición al sistema tradicional de justicia retributiva, y, en otros casos, como un arque-

1. La llamada «victimización secundaria» que sufre la víctima en el transcurso del proceso penal, y que se refiere a los perjuicios sufridos por ésta cuando entra en contacto con instancias policiales, asistenciales y judiciales. Tal y como expone Fernández López, M. A. en *La mediación en procesos por violencia de género*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2015; cuando se pone en marcha el sistema legal e institucional para la persecución de un delito se suele producir un indeseable efecto colateral: la falta de respuesta satisfactoria, lo cual además de no responder a las expectativas de la víctima, supone para ella una nueva fuente de sufrimiento, inseguridad y temor.

tipo que complementa a dicho sistema clásico[2]. En esencia, la justicia restaurativa responde a un nuevo paradigma de justicia penal el cual busca una reparación moral del daño causado a las víctimas que, si bien se constituye también en fin esencial del derecho penal, va más allá de los términos económicos dado que adquieren singular importancia otros aspectos personales de la víctima y del victimario[3]. De este modo se pretende el restablecimiento, no sólo de la paz jurídica, sino también social mediante el encuentro voluntario de soluciones y asunción de acuerdos entre ambas partes, lo que fomenta el esfuerzo reparador y la reeducación para evitar desencuentros futuros —la temida reincidencia—[4].

El movimiento favorable a la adopción de prácticas de justicia reparadora se ve reafirmado por el hecho de que la normativa internacional hace años que se ha preocupado de elaborar resoluciones impulsoras de un cambio de orientación en la concepción de la justicia penal. Así, organismos como las Naciones Unidas[5] o el Consejo de Europa[6] han reconocido esta institución y han alabado los beneficios que ésta reporta a las personas involucradas en el proceso, mostrando los principios que revelan su naturaleza[7].

---

2. En palabras del propio Consejo de Europa, mediante la Recomendación R (99) 19 adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999 en su 679ª reunión, dirigida a los Estados Miembros y concerniente a la mediación en los asuntos penales.

3. La reparación del daño, junto con el papel de la víctima en el proceso restaurativo, constituye un eje fundamental de esta institución. Esta pretensión reparadora penal recoge contenidos morales y psicológicos, lo cual lleva a admitir reparaciones simbólicas, parciales o reparaciones basadas en la exigencia de una actividad del sujeto infractor relacionada con el delito y cuyo beneficiario puede ser la víctima o la sociedad. Al respecto, *vid.* BARONA VILAR, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», *Revista del Poder Judicial*, número 94/2012, pp. 23-32. También, GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

4. La justicia restaurativa (y uno de sus modelos, la mediación penal) ha sido ampliamente debatida y discutida, como lo demuestra BARONA VILAR, S., «La mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, número 26, 2009, pp. 11-53; CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERMANZ, E., *Mediación y Teoría. Colección práctica de mediación*, Dykinson, Madrid, 2014; o MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C. y CUÉLLAR OTÓN, J. P., *Mediación penal: una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2013. Igualmente, *vid.* MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., «La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal», *Revista de Derecho UNED*, número 16, 2015, pp. 1237-1263; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. *et al*., *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013; y TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.

5. La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas sobre «Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal», fruto del 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal (37ª Sesión plenaria celebrada el 24 de julio de 2002) supone el espaldarazo internacional a la adopción de políticas restauradoras. Al respecto, véase NACIONES UNIDAS, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2006.

6. No es hasta el dictado de la Recomendación número R (99) 19 sobre la mediación en materia penal, de fecha 15 de septiembre de 1999, cuando efectivamente tiene lugar una mención expresa de esta institución y así su promoción como «complemento o alternativa del proceso penal tradicional», incluyéndose en esta Resolución un anexo incorporando una definición, unos principios generales de actuación, orientados tanto a las jurisdicciones penales juveniles como a la jurisdicción penal de adultos, así como otros aspectos relativos a la propuesta de mediación penal.

7. A título de ejemplo, GEMME (*European Association of Judges for Mediation*) aglutinó algunas de las ventajas de esta institución en las conclusiones del Coloquio Europeo de Mediación Intrajudicial del año 2007 (celebrado en

Por su parte, la Unión Europea, dentro del ámbito de la protección de las víctimas en el marco del proceso penal, también ha dictado normativa en alusión a la justicia restaurativa[8]. En este sentido, el primer precedente lo constituye la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal[9]; y mucho más relevante resulta ser la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos[10], que opera en sustitución de la anterior Decisión Marco. Esta disposición[11] apuesta definitivamente por la mediación penal en términos generales[12] y lleva a cabo una profunda revisión y complementación de la Decisión Marco del año 2001, tanto en su Preámbulo como en su articulado. Al mismo tiempo, alienta a los Estados Miembros a promover los procesos de justicia restaurativa y, además, es la plataforma que impulsa al legislador español a promulgar normativa al respecto años después.

Así, fruto de este escenario europeo, el legislador español modifica el Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo[13]. El redactado del artículo 84.1.1ª, operativo a partir del 1 de julio de 2015, incorpora un único régimen de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el cual ofrece diversas alternativas, entre ellas la mediación penal, uno de los modelos de justicia restaurativa más representativo entre los países del *Civil Law*[14]. Junto a esta norma, la reciente aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y su desarrollo mediante el Real De-

---

Valencia del 15 al 17 de noviembre del 2007), las cuales han sido reproducidas por muchos autores, entre los cuales destaca Fernández López, M. A., *op. cit.*, p. 1.

8. Así como también se han creado en su seno organizaciones que ayudan a establecer y a desarrollar la justicia restaurativa en Europa, como el *Europeam Forum for Restorative Justice* (con más de 300 miembros de toda Europa). Por ello, resulta interesante la consulta de su página web institucional www.euforumrj.org.

9. Concretamente, su artículo 10. Por todos, Jimeno Bulnes, M., «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley*, 19-25, número 5646/2015, pp. 12-23.

10. Con carácter general, *vid.* Tamarit Sumalla, J. M., «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Estudios*, número 1, junio 2013, pp. 139-160.

11. Especialmente, el apartado 46º del Preámbulo y los artículos 2.1.d) y 12.

12. La norma europea no impone un determinado modelo de justicia restaurativa, si bien presupone su existencia, dejando a elección de las legislaciones nacionales los concretos sistemas. Ahora bien, sí propone un *numerus apertus* entre los que cabe incluir, no sólo ni necesariamente, «*la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo y los círculos de sentencia*».

13. Al respecto, *vid.* Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. *et al*. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

14. Por otra parte, si nos centramos en los países que forman parte del *Common Law*, observaremos que existen otro tipo de prácticas reparadoras más propias de este sistema, como por ejemplo los encuentros restaurativos (*conferencing*), conocidos como conferencias comunitarias o de grupo familiar en su caso (*family group conferencing*), y los círculos de sentencia (*sentencing circles*), también denominados tratados de paz.

creto 1109/2015, de 11 de diciembre, se muestran proclives a la mediación penal como técnica desjudicializadora.

En este punto, especial atención merece el Estatuto de la víctima[15], pues integra en nuestro ordenamiento jurídico la antedicha Directiva en cuanto a derecho sustantivo, recogiendo la «tabla de garantías» de la norma europea: entre ellas, y en su caso, los servicios de justicia restaurativa como forma de participación activa de la víctima en el proceso penal, con la finalidad y condiciones que se establecen tanto en su Preámbulo (VI) como en su articulado (artículos 3, 5.1.k) y 15). Ahora bien, esta norma resulta insuficiente, pues solamente señala los fines y requisitos de esta institución, casi idénticos en comparación con la Directiva del año 2012.

Ante este contexto, no puede sino celebrarse el mayor protagonismo que el legislador español a partir del año 2015 asigna a la justicia reparadora en general y a la mediación penal en particular como método de resolución de conflictos en materia de protección de víctimas de delitos. Sin embargo, y pese a las obligaciones que España ha contraído para con la normativa internacional, hasta fecha reciente no existe aún para éstas articulación legal con carácter general en la norma procesal penal ordinaria, más allá de su expresa previsión para el ámbito del proceso penal de menores[16] y su explícita exclusión en los supuestos de violencia de género[17]. De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dedica disposición alguna a esta institución, aunque haya sido modificada recientemente[18]. Ello significa que, una vez más, el legislador español no ha aprovechado la oportunidad de incorporar esta herramienta restaurativa en

---

15. Entre otros, aquí y ahora, TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.) *et al.*, *El Estatuto de las Víctimas de Delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; y GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Comentario*, número 7/2015, pp. 1-12. Véase también MAGRO SERVET, V., «Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género», *Diario La Ley*, número 6220/2015, 9-5 noviembre 2015, pp. 7-12.

16. *Vid.* artículos 19 y 27.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

17. Fuera de la norma penal sustantiva y procesal ordinaria, la previsión de la justicia restaurativa para el proceso penal de adultos en España tiene lugar actualmente en clave negativa, mediante la proscripción contenida en el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género. Esta norma modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, adiciona un artículo 87 Ter apartado 5º bajo el cual se expone, de forma explícita, que para un determinado tipo de víctimas, las de violencia de género, la mediación está prohibida. Por lo tanto, la realidad muestra un creciente apoyo a la mediación penal. Sin embargo, el reconocimiento hacia esta institución resulta más controvertido en determinados ámbitos de la criminalidad, como sucede con la violencia de género. Así lo recoge tanto VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal. Parte Doctrina*, número 30, julio 2012, pp. 177-216; como GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, número 12, 2009, pp. 1-41.

18. Reformas en la Ley rituaria operadas por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales; y la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril,

su cuerpo procesal, a pesar de regularla en el último borrador de Código Procesal Penal elaborado el año 2013 y que finalmente no prosperó, el cual sí dedicaba un Título VI dentro del Libro II a la mediación penal bajo esta rúbrica (pero con tan solo cuatro preceptos, los contenidos en los artículos 143-146)[19]. Quizás el legislador, al reformar el Código Penal, tenía la certeza de que dicho cuerpo procesal sería aprobado.

Y es que lo cierto es que la instauración de esta técnica reparadora es una necesidad no solo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica. Por este motivo, no deben pasar desapercibidos los distintos proyectos piloto *extra legem* de mediación para el proceso penal de adultos que la práctica judicial y forense española ha ido implantando, con anticipación a cualesquiera disposiciones legales[20] y haciéndose eco de las experiencias restaurativas comparadas en países como Austria, Alemania o Italia. Este es el caso de Comunidades Autónomas[21] como, por ejemplo, Cataluña[22], País Vasco, Comunidad Valenciana o Madrid. Así, desde las primeras desarrolladas con carácter puramente experimental alrededor del año 1985 en órganos judiciales de ciudades como Valencia o Alicante hasta su extensión a casi todos los puntos de la geografía española a partir de la década del año 2000, gracias al apoyo manifestado tanto por instituciones privadas y asociaciones —entre ellas, los Colegios de Abogados o, por ejemplo, la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Burgos (AMEPAX)—, como también por instituciones públicas, como el Consejo General del Poder Judicial[23]. Dichas experiencias revelan que los beneficios teóricos o esperados de la

---

por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010 y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012.

19. *Vid.* Magro Servet, V., «La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal», *Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Estudio*, número 5/2013, pp. 1-9.

20. Con carácter general, véase Barona Vilar, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; o también Jorge Mesas, L. F., «La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 498, julio 2001, pp. 1-8.

21. *Vid.* Cervelló Donderis, V. (Dir.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

22. En este sentido, cabe mencionar dos informes del *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya*, uno realizado el año 2003 y el otro, el 2013. *Vid.*, respectivamente, Vall Rius, A. y Villanueva Rey, N., *El programa de mediació a la jurisdicció penal ordinària: un estudi sobre tres anys i mig d'experiència*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2003. Así como también Tamarit Sumalla, J. M., *Avaluació del programa de mediació penal d'adults*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013. Finalmente, resulta interesante Casanovas, P., Magre, J. y Lauroba, M. E. (Dirs.), *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i Huygens Editorial, Barcelona, 2010.

23. Mediante el Protocolo de derivación a mediación en las diversas fases del proceso penal, publicado en su día en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. En este sentido, Montserrat Quintana, A. (Dir.), *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013, pp. 87-120. Asimismo, véase

justicia restaurativa se confirman en la práctica; es más, que esta institución realiza una aportación significativa a la mejora del bienestar de las víctimas.

Por lo tanto, si bien es cierto que las referencias a la mediación en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y a la justicia restaurativa en la Ley 4/2015, de 27 de abril, han dado una primera cobertura legal a esta institución, sirviendo de apoyo e impulso a los diversos programas de mediación penal ya existentes en España; dicha regulación —como ya se ha avanzado— se reputa insuficiente para resolver los numerosos problemas[24] que se plantean los profesionales en la práctica. Lo antedicho, unido a la ausencia de una norma penal sustantiva y procesal ordinaria que regule la justicia restaurativa, conduce actualmente hacia una situación de anomia que arroja inseguridad jurídica, pues los operadores españoles no parten de base jurídica suficiente para dar aplicabilidad práctica a esta institución[25]. Este contexto, pues, atestigua una presencia simbólica de la mediación penal de adultos en España que debe ser subsanada.

Ahora bien, la ausencia de la justicia restaurativa en la actual norma procesal ordinaria no es fruto de la casualidad, sino que se encuentra en consonancia con los principios articulados en el sistema procesal penal español tales como el imperio del principio de legalidad[26], como corresponde a los modelos europeos del *Civil Law* por oposición a los del *Common Law.* Sin embargo, España, como los países de su entorno, está sufriendo cada vez en mayor medida la inclusión del principio de oportunidad, principio que va imponiéndose progresivamente, y cuya institución más representativa es la conformidad en cuanto modalidad de admisión formal de culpabilidad por parte del acusado. En este sentido, qué duda cabe que la introducción de la justicia restaurativa en términos generales o la mediación en particular supondría una ulterior manifestación del principio de oportunidad, pues permitiría a las partes acusadoras disponer de la acción penal llevando a cabo la finalización del proceso penal bajo la fórmula del sobreseimiento por razones de oportunidad reglada, o bien obteniendo una rebaja en la pena a través de las atenuantes que ofrece el

---

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Mediación intrajudicial en España, datos 2015*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016.

24. A modo de ejemplo, conviene advertir que la medida prevista en el artículo 84 del Código Penal consiste en el cumplimiento del acuerdo logrado por las partes en sede de mediación, no simplemente el acuerdo en sí mismo conseguido, por lo que se prevén dificultades para cumplimentar esta medida en no pocos supuestos, dependiendo de lo que se haya acordado, claro está, pues será verdaderamente complejo verificar el efectivo cumplimiento del acuerdo de mediación en algunos casos.

25. En este sentido, ARMENGOT VILAPLANA, A., «La incorporación de la mediación en el proceso penal español», *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, número 106, enero-febrero 2014, pp. 91-113; CUADRADO SALINAS, C., «La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 17, 2015, pp. 1-25.

26. De la mano del artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, con carácter general, del artículo 9.3 de la Constitución.

Código Penal —también en fase de ejecución de la pena a través de la suspensión de la condena—, además de ser una forma de optimizar los recursos de la Administración de justicia en el sistema procesal penal.

Teniendo en cuenta lo anterior, es cierto que la introducción del principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico penal se fundamenta en razones de utilidad que hacen que, en algunos casos, la escasa lesión social producida por un determinado delito, la reparación de la víctima, la necesidad de evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad cortas y los beneficios penológicos y rehabilitadores para el delincuente aconsejen optar por mecanismos en los que el ejercicio de la acción penal resulte matizado y flexibilizado. Por lo tanto, la mediación como complemento de la jurisdicción contribuye a ello porque permite discriminar aquellos hechos punibles en los que el Estado tiene interés en su persecución de aquellos otros en los que ese interés carece de significación bastante, haciendo honor al principio de intervención mínima.

Llegados a este punto y hechas las anteriores apreciaciones, conviene afirmar que la actual legislación necesita adecuarse a la instauración de un modelo de mediación penal aplicado a la generalidad de infracciones penales, por lo que todavía deben ser objeto de corrección alguna de las previsiones legales antes citadas, para así atender a las nuevas precisiones. E, igualmente, debe recordarse que el proceso legislativo dista de haber sido terminado, pues aún se encuentran pendiente de regulación importantes cuestiones en este ámbito, como es el caso de la determinación o no del concreto catálogo de infracciones susceptibles de ser derivadas a tales vías restaurativas, sin duda alguna la cuestión más debatida, sobre todo a raíz de la decisión del legislador español de excluir la mediación penal para un determinado tipo de víctimas. En este sentido, se llega a la conclusión[27] que, en principio, no debería rehusare la posibilidad de mediar en ningún tipo de delito puesto que la derivación a esta herramienta no debe responder a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a la tipología delictiva, sino que deben considerarse los criterios subjetivos, esto es, debe analizarse la viabilidad de la mediación de forma individualizada ateniendo a las circunstancias de cada caso y a la conflictividad personal y relacional existente entre sus protagonistas. Esta es la solución a la que se ha llegado en algunas legislaciones de nuestro entorno, en la mayoría de las cuales no se ha asumido la determinación cerrada de supuestos en los que se posibilita la mediación penal[28].

---

27. Sin ánimo de ser exhaustivos, *vid.* Barona Vilar, S., *op. cit.*, p. 1; o Beltrán Montoliu, A., «Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV (ReCrim)*, número 11, 2014, pp. 23-52.

28. Como países que mantienen un sistema abierto podemos nombrar EEUU, Alemania, Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda o Canadá, entre otros. Ahora bien, existe una lista de posibles hechos que con más frecuencia van a poder

También debe tenerse en consideración, en segundo lugar, el estatuto jurídico del mediador o facilitador, aún por promulgar; en tercer lugar, la regulación de las características y requisitos de la mediación u otras modalidades restaurativas en su caso, especialmente en aquellos supuestos de posible colisión con derechos fundamentales y garantías procesales (como el derecho fundamental a la presunción de inocencia con la exigencia del reconocimiento del hecho por parte del infractor); al igual que la concreta previsión del procedimiento específico y su tramitación en los diversos estadios procesales; entre otros extremos.

Lo antedicho exterioriza la trascendencia de la cuestión, pues urge otorgar carta de naturaleza legal a esta institución en la norma procesal penal ordinaria, reformando en consecuencia la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero también regulándola de forma autónoma mediante una norma procesal de carácter especial, como opera en el ámbito civil y mercantil. Eso sí, consideramos que, en el momento de implantar esta herramienta restaurativa, el legislador debería ser más minucioso que en el fallido Proyecto de Código Procesal Penal elaborado el año 2013.

Clarificado lo anterior, entendemos que el marco de operatividad de la mediación delineado por la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito —y su desarrollo reglamentario posterior— podría resultar apropiado para que, conforme a sus disposiciones, se articularan mediaciones en este ámbito, pero siempre modulándolo como punto de partida y enmendando ciertos aspectos inadecuados[29].

Por ejemplo, es necesario reconocer de forma crítica que los procedimientos restaurativos necesitan dotarse de una infraestructura adecuada con recursos suficientes, así como de personal debidamente formado, aspectos que actualmente España carece de ellos y de los que debe destinar su inversión de forma inaplazable. Así, se detecta que a día de hoy las Oficinas de Atención a la Víctima están demasiado saturadas como para desarrollar óptimamente las funciones que el Estatuto de la víctima y su reglamentación posterior les atribuye en materia restaurativa[30]; de modo que sería interesante que dichas Oficinas realizasen solamente labores básicas de información y de apoyo para

---

llevarse a mediación, pero siempre, y en todo caso, desde su consideración como criterios abiertos, por lo que siempre existirán determinados criterios que actuarán como guía a los efectos de valorar la oportunidad y eficiencia de la mediación en cada caso.

29. Véase Subijana Zunzunegui, I. J., Porres García, I. y Sánchez Recio, M., «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito», *Revista de Victimología*, número 2, 2015, pp. 1-26.

30. Específicamente en el artículo 29 del Estatuto y del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, en el Preámbulo (VII) y en los artículos 12, 14, 19, 27 k), 28 f), 37 y 39 e).

los usuarios, creándose paralelamente un servicio de mediación con autonomía funcional[31].

En términos concluyentes, debe procurarse la inserción en el panorama procesal penal español de la justicia restaurativa a fin de dar cabida legal tanto a la normativa europea en promoción de la misma como a la práctica forense española en su reconocimiento. No en vano este fenómeno restaurativo es imparable en el escenario mundial dentro del movimiento de *empoderamiento* de las víctimas hoy en día en vigor, y España no puede ni debe ser una excepción. De ahí que a través de la educación se estimule una auténtica mentalidad mediadora basada más en la «cultura del diálogo» que en la «cultura de la confrontación»[32], pues el crimen y la justicia precisa de un nuevo enfoque[33].

1. Bibliografía

Armengot Vilaplana, A., «La incorporación de la mediación en el proceso penal español», *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario,* número 106, enero-febrero 2014.

Barona Vilar, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», *Revista del Poder Judicial*, número 94/2012.

Barona Vilar, S., «La mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo xxi. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal,* número 26, 2009.

Barona Vilar, S. *et al.* (Dir.). *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Beltrán Montoliu, A., «Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV (ReCrim),* número 11, 2014.

Casanovas, P., Magre, J. y Lauroba, M. E. (Dirs.), *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya,* Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i Huygens Editorial, Barcelona, 2010.

Cervelló Donderis, V. (Dir.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Consejo General del Poder Judicial, *Mediación intrajudicial en España, datos 2015,* Informe. Inédito, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

---

31. Válgase con remitir a Tamarit Sumalla, J. y Luque, E., «Can restorative justice satisfy victim's needs? Evaluation of the Catalan victim-offender mediation programme», *International Journal of Restorative Justice*, 2015.

32. Tal y como acertadamente expone Fernández López, M. A., *op. cit.*, p. 1: «*sociológicamente, en las sociedades de nuestro entorno cultural se considera normal el hecho de que los conflictos se traten de solucionar mediante la confrontación acudiendo, o bien al uso de la fuerza o bien a un tercero que dirima la controversia* (…) *La práctica de la mediación supone, en este sentido, un importante punto de inflexión que marca una diferencia sustancial en la forma de las sociedades de resolver sus conflictos, porque supone un aprendizaje y un adiestramiento en la resolución positiva de los conflictos*».

33. Véase Zehr, H., *Cambio de lentes: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Herald Press, Pennsylvania, 1990.

CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. *et al.* (Dirs.). *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERMANZ, E., *Mediación y Teoría. Colección práctica de mediación,* Dykinson, Madrid, 2014.

CUADRADO SALINAS, C., «La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* número 17, 2015.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La mediación en procesos por violencia de género*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2015.

GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal,* Iustel, Madrid, 2007.

GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, número 12, 2009.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Comentario*, número 7/2015.

JIMENO BULNES, M., «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley,* 19-25, número 5646/2015.

JORGE MESAS, L. F., «La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* número 498, julio 2001.

MAGRO SERVET, V., «La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal», *Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Estudio,* número 5/2013.

MAGRO SERVET, V., «Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género», *Diario La Ley,* número 6220/2015, 9-5 noviembre 2015.

MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C. y CUÉLLAR OTÓN, J. P., *Mediación penal: una visión práctica desde dentro hacia fuera,* Editorial Club Universitario, Alicante, 2013.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., «La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal», *Revista de Derecho UNED,* número 16, 2015.

MONTSERRAT QUINTANA, A. (Dir.), *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013.

NACIONES UNIDAS, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2006.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. *et al., Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos,* Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., PORRES GARCÍA, I. y SÁNCHEZ RECIO, M., «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito», *Revista de Victimología,* número 2, 2015.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Comares, Granada, 2012.

TAMARIT SUMALLA, J. M., «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Estudios,* número 1, junio 2013.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *Avaluació del programa de mediació penal d'adults,* Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J. M. y LUQUE, E., «Can restorative justice satisfy victim's needs? Evaluation of the Catalan victim-offender mediation programme», *International Journal of Restorative Justice,* 2015.

VALL RIUS, A. y VILLANUEVA REY, N., *El programa de mediació a la jurisdicció penal ordinària: un estudi sobre tres anys i mig d'experiència*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2003.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal. Parte Doctrina*, número 30, julio 2012.

ZEHR, H., *Cambio de lentes: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia,* Herald Press, Pennsylvania, 1990.

El cumplimiento del acuerdo mediatorio como condición de la suspensión excepcional de la pena

Natalia Pérez Rivas
Profesora Contratada Interina de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela

1. Introducción

En el marco del contexto victimológico actualmente imperante en el sistema penal, la reparación la víctima —ofendido y perjudicado— en la fase de ejecución de la pena se ha convertido, también, en una preocupación de primer orden. Así lo acredita el hecho de que un instrumento como la Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, focalizado exclusivamente en el figura del recluso contemple, entre sus previsiones, que los condenados que así lo consientan puedan ser involucrados en un programa de justicia restaurativa y en la reparación de sus delitos[1].

En efecto, la reparación voluntaria es un signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado[2], pues supone una clara manifestación de su asunción de las consecuencias derivada del delito. Tampoco cabe desconocer sus efectos preventivo-generales, «*en el sentido de que la comunidad no comprendería liberar al penado de su pena y no atender al mismo tiempo los derechos de la víctima, pues ello sería considerado por la población como una injustificada indulgencia que conlleva a una desconfianza hacia la eficacia del derecho*»[3].

1. Punto 103.7 de la Recomendación Rec. (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas.

2. Bouloc, B., *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, París, 2011, pp. 37-38.

3. Informe, de 4 de febrero de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, p. 28.

En este sentido, el legislador de 1995 modificó los requisitos que debían ser observados para acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con la adición de la exigencia de la previa satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito (art. 81.3ª), así como en la regulación de la sustitución de dicha clase de penas, para obligar al juez a valorar, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado (art. 88). Dicha regulación fue, sin embargo, objeto de diversas críticas[4]: por un lado, la alusión a la reparación en sentido material impedía, en principio, acoger formas simbólicas como la petición de perdón o la participación en programas de mediación; de otro, el legislador no articuló mecanismo alguno a través del cual canalizar, durante el periodo de prueba, la reparación todavía no materializada ni previsto, en consecuencia, penalización alguna para el caso de incumplimiento del compromiso adquirido.

Más satisfactoria es, en este punto, la regulación operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de junio, que, en el marco de la suspensión excepcional de la pena (antigua sustitución), procede a reconocer efectos jurídicos directos a los acuerdos mediatorios como una alternativa válida al resarcimiento económico (art. 80.3 CP) a observar durante el citado periodo (art. 84.1.1ª CP). Pues bien, dedicaremos las siguientes páginas al análisis de esta nueva regulación.

2. Requisitos legales para la concesión de la suspensión excepcional: especial referencia al esfuerzo por reparar el daño

La reforma penal de 2015 ha procedido a unificar el régimen jurídico de las instituciones relativas a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la sustitución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional que pasan a ser configuradas, en la actualidad, como modalidades de suspensión de la pena[5]. Ello tiene por finalidad la introducción de «*una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial en el régimen de la suspensión*» al tiempo que «*poner final a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos*»[6].

---

4. Alastuey Dobón, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 266.

5. Subsisten, no obstante, de forma errónea, las correspondientes rúbricas titulando cada una de las tres secciones en que se divide el Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal.

6. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En este sentido, la antigua sustitución de la pena, institución en la que se centrada nuestra atención, es regulada, en la actualidad, en los arts. 80.3 CP y 84 CP, como un supuesto de suspensión excepcional de la ejecución de la pena, desapareciendo, por tanto, como institución autónoma.

Así, excepcionalmente, el órgano judicial podrá acordar la suspensión de las penas de prisión impuestas a reos no habituales[7] que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, pongan de manifiesto la innecesariedad de la ejecución de la pena de prisión para asegurar el efecto preventivo-especial de la condena impuesta[8]. En caso de tratarse de un delito privado o semiprivado será necesaria, asimismo, la previa audiencia de la víctima o de la persona que la represente[9].

De entre los criterios señalados para valorar la oportunidad de su concesión, el legislador ha otorgado especial relevancia al esfuerzo realizado por el condenado para reparar el daño[10]. Esta fórmula hace referencia a la «reparación en función de la propia capacidad» como acto de restablecimiento del orden jurídico y de la realidad vital de la víctima que satisface tanto la tutela de los intereses de la víctima como la orientación resocializadora que ostenta esta forma alternativa de la ejecución de la pena[11]. La reparación se erige aquí como un estímulo positivo para la asunción de daño causado con su actuación. Para su ponderación habrá que atender, dado su carácter eminentemente subjetivo, a la existencia de una disposición activa y colaboradora por parte del penado (tesis resocializadora)[12], que debe ir acompañada, no obstante, de actos ex-

---

7. Tendrán tal consideración aquellos sujetos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

8. Faraldo Cabana, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXVI, 2006, p. 19; Alastuey Dobón, M. C., *La reparación a la víctima…*, *op. cit.*, pp. 261-262.

9. Art. 80.6 CP.

10. A este respecto señala Tamarit Sumalla, J. M., *La víctima en el derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 1998, pp. 210-211, que «*en la fórmula del art. 88.1 (actual art. 80.3 CP) late una opción político-criminal por priorizar la reparación como interés de la máxima importancia, algo que debe ser puesto de relieve y aplaudido*».

11. Faraldo Cabana, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima…», *op. cit.*, p. 26; Alonso Rimo, A. y Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema de justicia penal II», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J. M. (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 369; Alastuey Dobón, M. C., *La reparación a la víctima…*, *op. cit.*, p. 310.

12. Leganés Gómez, S., «La reparación penitenciaria del delito», *La Ley Penal*, número 45, 2008, p. 5; Martín Ríos, M. P., *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007, p. 169; Cervelló Donderis, V., «Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario», en De Castro Antonio, J. L. (Dir.), *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones,* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, p. 119; Ferreiro Baamonde, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, p. 394.

ternos que evidencien esa voluntad[13]. En este sentido debe tomarse en consideración cualquier pago que, de forma voluntaria, el penado (directamente o por medio de un tercero)[14] hubiera realizado con la finalidad de restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como la solicitud de pago fraccionado o el compromiso firmado de hacer frente a la responsabilidad civil durante el periodo de suspensión. Carecerán de valor a estos efectos, en cambio, los pagos parciales realizados con los bienes que le hayan sido decomisados o por vía de apremio así como los efectuados por terceros (*v. gr.* una aseguradora), en la medida en que «*la reparación no se entiende aquí como el mero restablecimiento del statu quo patrimonial previo a la comisión del delito, sino como una señal de la reconciliación con el ordenamiento jurídico*»[15].

Por otro lado, esa genérica alusión a la reparación, en tanto que no adjetivada como material, permite comprender, por otra parte, toda medida, incluso aquellas de carácter simbólico, que conlleve una restauración del daño ocasionado a la víctima[16]. Es por ello que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la suspensión ordinaria no se considera para entender por cumplido dicho requisito elementos tales como una mera declaración formal de insolvencia[17].

3. La reparación del daño como condición a observar para la concesión de la suspensión excepcional

Hasta la reforma penal de 2015, la voluntad de reparación del penado acreditada ante el órgano judicial era suficiente para la concesión de la suspensión excepcional de la pena, siempre que se constatase su seriedad. Pese a esta

---

13. Granados Pérez, C., *Responsabilidad civil ex delicto*, La Ley, Madrid, 2010, p. 707; Martín Ríos, M. P., *El ejercicio de la acción civil…*, *op. cit.*, p. 171; Faraldo Cabana, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima…», *op. cit.*, p. 37; Berdugo Gómez de la Torre, J. R., «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, p. 140; Tamarit Sumalla, J. M., *La víctima…*, *op. cit.*, p. 211.

14. Faraldo Cabana, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales…», *op. cit.*, pp. 28-29.

15. Faraldo Cabana, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales…», *op. cit.*, p. 29.

16. Barona Vilar, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo xxi. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, número 26, 2009, p. 41; Subijana Zunzunegui, I. J., «Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa», *Estudios de Derecho Judicial*, 2007, pp. 261-262; Faraldo Cabana, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales…», *op. cit.*, pp. 27-28; Vidal Castañón, A., *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 72. De otra opinión, Puente Segura, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 324-325; Tamarit Sumalla, J. M., *La víctima…*, *op. cit.*, p. 212.

17. Leganés Gómez, S., «La reparación penitenciaria…», *op. cit.*, p. 5; *Magro Servet*, V. y *Solaz Solaz*, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Madrid, 2008, p. 133; Tamarit Sumalla, J. M., *La víctima…*, *op. cit.*, p. 212.

exigencia, el legislador no había articulado mecanismo alguno que permitiese, con posterioridad, canalizar esa reparación todavía no materializada o, al menos, no en su totalidad, ni previsto, por tanto, las consecuencias en caso de verificarse la falsedad de la voluntad declarada[18]. Pues bien, es en el marco de esta realidad normativa en la que se fraguó el debate sobre la conveniencia de articular la reparación del daño como una condición a observar durante el periodo de suspensión de la pena.

3.1. Normativa internacional

La posibilidad de regular la reparación a la víctima como una condición a imponer en el marco de la ejecución de la pena se ve amparada por la normativa internacional.

A este respecto, la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal establece, en su punto 13, que «*debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar*».

Por su parte, la Recomendación (2003) 22, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 24 de septiembre de 2003, relativa a la libertad condicional dispone en el punto número 8 de su articulación, con relación a la condiciones que pueden ser impuestas durante el disfrute de la libertad condicional, que «*con la finalidad de reducir el riesgo de reincidencia de los penado que se benefician de la libertad condicional, debería ser posible imponerle condiciones individualizadas tales como* (…) *la reparación del daño causado a las víctimas, o pagar una indemnización*».

En el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea se incide en que «*debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar*».

---

18. Tamarit Sumalla, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Parte General, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 635.

En sentido similar, en el 12º Congreso de las NN.UU sobre prevención del delito y la justicia penal, en el marco del seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, se concluye que la legislación y las políticas deberían prever claramente la posibilidad de la libertad condicional y de la puesta en libertad anticipada, junto con las condiciones que deben darse para ello. Entre el elenco de condiciones que podrían imponerse se hace referencia expresa al pago de una indemnización o reparación a las víctimas[19].

3.2. La situación en la normativa española con anterioridad a la reforma penal de 2015

El legislador de 1995 no contempló, como ya hemos adelantado, entre el elenco de condiciones que podían ser impuestas al penado para su observancia durante la suspensión de la pena, la reparación de la víctima. Esta ausencia fue calificada, en su momento, como un «*defecto grave, dadas sus potencialidades a favor de la víctima y de la resocialización del condenado* (…)»[20].

El Proyecto de Reforma del CP, de 23 de septiembre de 1992, sí contenía una reglas de este tenor, al incluir entre esas condiciones la obligación de «*reparar, si no hubiese sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que demuestre la satisfacción del juez o tribunal y con la conformidad del MF, estar el reo en imposibilidad de hacerlo*». Esta obligación se mantuvo, en idénticos términos, en el proyecto de reforma del CP de 26 de septiembre de 1994. No obstante, la doble regulación de la reparación, en tanto que requisito previo para acordar la suspensión y como regla de conducta, motivó la enmienda número 590 del Grupo parlamentario socialista, en el que se pedía la supresión del número 4 del artículo 84.1 por considerar «*que la misma no es una regla de conducta, sino un requisito que ya se tiene en cuenta en el artículo 82.4ª en tanto que requisito para proceder a la suspensión de la pena*». Esta explicación, que fue asumida por la mayoría parlamentaria, claramente «*prescinde de diversos hechos difícilmente contestables, como que la imposibilidad de haber satisfecho la responsabilidad civil no impide a elaboración de un plan de pago posterior, que el mismo artículo 83.1 CP*

19. 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Salvador (Brasil), 12 a 19 de abril de 2010 [A/CONF.213/16]. Este documento está disponible en: www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_16/V1050423s.pdf.

20. Tamarit Sumalla, J. M., «Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución», en Asúa Batarrita, A. y Garro Carrera, E. (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de invidualización de la pena*, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 123; el mismo: *La víctima*…, *op. cit.*, p. 214. En esta misma línea, Larrauri Pijoan, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XIX, 1996, p. 214.

prevé la declaración de una imposibilidad parcial, o que ante la inviabilidad de la restitución o el pago directo cabe aplicar formas de reparación inmaterial o en forma de trabajos a favor de la víctima, sin olvidar las posibilidades de una reparación simbólica»[21].

Esta laguna fue solventada, de *lege lata*, a través de la cláusula residual del artículo 83.1.6º CP. Dicho precepto permitía imponer cualquier obligación que el órgano judicial estimase conveniente para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, entre las que cabía pensar en medidas de contenido reparador, tales como la participación, previo consentimiento de ambas partes, en un proceso de mediación[22].

3.3. La situación actual en la normativa española con posterioridad a la reforma penal de 2015

La voluntad de reparación manifestada por parte del condenado ante el órgano el judicial en el momento de analizar la concurrencia de los presupuestos exigidos para la concesión de la suspensión excepcional de la pena deberá materializarse, durante dicho periodo, de alguna de las tres siguiente for-

---

21. Tamarit Sumalla, J. M., *La víctima…*, *op. cit.*, pp. 214-215.

22. Puente Segura, L., *Suspensión y sustitución…*, *op. cit.*, p. 122; Tamarit Sumalla, J. M., «La sustitución de las penas de prisión», en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 129; el mismo: «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J. M. (Dirs.): *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 368; el mismo: «Artículo 83», *op. cit.*, p. 635; el mismo: *La víctima en el derecho…*, *op. cit.*, p. 215; De Castro Antonio, J. L., «La ejecución de la pena en materia terrorista», en Mir Puig, S. y Queralt, J. J. (Dirs.), *La seguridad pública ante el derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2010, pp. 223-224; Leganés Gómez, S., «La reparación…», *op. cit.*, p. 4; *Subijana Zunzunegui*, I. J., «Las víctimas en el sistema penal…», *op. cit.*, pp. 259-260; Martín Ríos, M. P., *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal…*, *op. cit.*, pp. 166-167; Manzanares Samananiego, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007, p. 72; Alonso Rimo, A. y Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema…», *op. cit.*, p. 368; Vidal Castañón, A., *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 35-36; Ríos Martín, J. C., «La mediación en la fase de ejecución del proceso penal», *Revista de Estudios Penitenciarios*, número extra 1, 2006, p. 173; Berdugo Gómez de la Torre, J. R., «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional…», *op. cit.*, p. 154; Téllez Aguilera, A., «Las alternativas a la prisión en el derecho español (una visión panorámica con ideas para matar a la mala hierba de la inseguridad jurídica)», *La Ley Penal*, número 21, 2005, p. 3; Poza Cisneros, M., «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código penal», en VV.AA., *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 255; Varona Martínez, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, p. 309; Alastuey Dobón, M. C., *La reparación a la víctima…*, *op. cit.*, p. 306; Larrauri Pijoan, E., «La reparación», en Larrauri Pijoan, E. y Cid Moliné, J. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 194. A este respecto, Beristain Ipiña, A., «El nuevo Código Penal desde la victimologia», *Eguzkilore*, extra número 10, 1997, p. 84, proponía que de lege ferenda se procediese a la incorporación de una nueva regla de conducta en cuyo texto se estableciese que «el Juez o Tribunal fijará algunas obligaciones o deberes al delincuente para la mejor reparación y/o atención a las víctimas». Pérez Sanzberro, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, p. 416, estimaba, por su parte, que la reparación podía incluirse en el catálogo de reglas de conducta a cumplir con un carácter prioritario.

mas[23]: a) la reparación efectiva del daño; b) la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas; c) el cumplimiento del acuerdo de mediación alcanzado entre la partes. Esta previsión constituye «*un inequívoco medio de presión al condenado que repercute, sin duda*», en beneficio de la víctima», en la medida en que «*se está forzando por medio penal el cumplimiento del deber civil de indemnización*»[24].

Así, la suspensión excepcional se condicionará siempre, en primer lugar, a la reparación efectiva del daño (tesis retributiva). No obstante, una aplicación rigorista de esta exigencia conllevaría una vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE) en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad impuesta del artículo 25.2 CE, al representar una discriminación por causa de la capacidad económica del condenado.

Tomando ello en consideración, el legislador ha previsto la posibilidad de que, en aquellos casos en que, en atención su situación económica, no resulte factible tal reparación, se puedan condicionar esta suspensión al compromiso del condenado de proceder a indemnizar los perjuicios causados conforme a sus posibilidades físicas y económicas (criterio valorativo). Se trata de una solución de equilibrio entre el interés de la víctima en la reparación postdelictual y el derecho del condenado a su reinserción.

En ambos casos se hace referencia, no obstante, a la reparación en sentido material circunscribiendo su ámbito, por tanto, a la responsabilidad civil *ex delicto* definida en el artículo 110 CP —restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales—. No obstante, no se puede obviar que las necesidades de la víctima exceden, con mucho, del mero resarcimiento económico. En atención a ello se ha previsto, como posible condición a imponer, de forma alternativa a la satisfacción de la responsabilidad civil[25], el cumplimiento del acuerdo mediatorio alcanzado por las partes. Esta posibilidad no se contempla, por el contrario, en el marco de la suspensión ordinaria de la pena que se condiciona, en todo caso, a la reparación del daño en términos económicos, sin que se llegue a comprender el motivo de tal decisión legislativa[26].

---

23. Muñoz Cuesta, J., *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*. Disponible en: www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta,%20Javier.pdf?idFile=5dcf3f87-d2e7-4f40-b09f-7b8ef794b005, p. 13

24. Alastuey Dobón, M. C., *La reparación a la víctima*…, *op. cit.*, pp. 266-267.

25. Roig Torres, M., «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor», *Revista Penal*, número 33, 2014, p. 201.

26. García Albero, R., «La suspensión de la ejecución de las penas», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 154; Roig Torres, M., «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)», en González Cussac, J, L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Códi-*

Esta condición suspensiva no conlleva, en modo alguno, la imposición, tanto a la víctima como al victimario, de la obligación de someterse a un proceso de mediación durante el periodo de suspensión de la pena[27]. Ello sería contrario, en todo caso, a uno de los principios básicos sobre los que se articulan los programas de justicia restaurativa como es el de la voluntariedad de ambas partes de someterse a los mismos[28]. Se trata, simplemente, de una medida que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de los acuerdos reparatorios que han sido ya alcanzados en el marco de una mediación previa[29]. Circunstancia esta que, por todo lado, ha podido ya ser tomada en consideración como indicadora del esfuerzo reparador realizado por el penado a efectos de valorar la conveniencia de la concesión de la suspensión excepcional de la pena.

Son muchas, no obstante, las incógnitas que acompañan a la aplicación práctica de esta medida, al no hallarse todavía regulada la institución de la mediación penal en nuestra legislación procesal. Las únicas referencias a este respecto se contienen, al margen del protocolo elaborado a tal efecto por el GGPJ en el año 2016[30], en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. Tampoco se alcanza a comprender por qué el legislador limita, en este caso, el ámbito de la justicia restaurativa, exclusivamente, a una de sus concretas herramientas de aplicación, a diferencia de lo preceptuado en el marco de la libertad modalidad cualificada de la libertad condicional adelantada[31] o en el citado Estatuto de la Víctima[32].

---

go Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 327. De otra opinión, González Cano, M. I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 168-169.

27. García Albero, R., «La suspensión de la ejecución…», *op. cit.*, p. 163.

28. A este respecto, como señala Cuadrado Salinas, C., «La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, p. 20, «*la importancia de la voluntariedad libre e informada, es equiparable al principio de contradicción en el proceso, sin dicho principio no cabría hablar de proceso*».

29. García Albero, R., «La suspensión de la ejecución…», *op. cit.*, pp. 163-164; González Cano, M. I., *La mediación penal…*, *op. cit.*, p. 172.

30. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/

31. De conformidad con el art. 90.2 CP *in fine*, a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el JVP podrá adelantar la concesión de la libertad condicional, una vez extinguida la mitad de la condena, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena sobre las dos terceras partes de aquella. La concesión de este beneficio exige que el penado esté clasificado en el tercer grado penitenciario, que exista un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y que haya desarrollado de forma continuada actividades laborales, culturales u ocupacionales. Junto a ello, el penado tendrá que haber participado, efectiva y favorablemente, en programas de reparación a las víctimas o, en su caso, de tratamiento o desintoxicación.

32. El art. 15.1 LEVD señala que «*las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos* (…)».

4. El incumplimiento de la satisfacción de la responsabilidad o del acuerdo mediatorio

4.1. Consecuencias del incumplimiento de la satisfacción de la responsabilidad o del acuerdo mediatorio

Desde ciertos sectores doctrinales se criticó, en su momento, la posibilidad de imponer al condenado la obligación de proceder a la satisfacción de la responsabilidad civil al amparo del artículo 83.1.6ª CP, al estimar que ello no era una medida orientada a la rehabilitación social del condenado ya que, de una reparación impuesta, «*no puede deducirse una menor necesidad de resocialización del sujeto*»[33]. A mayor abundamiento, señalaba MANZANARES SAMANIEGO que el legislador español había optado, en su momento, por no regular de forma diferenciada, al contrario de lo que se podía observar en el Código Penal alemán (en adelante StGB), entre, por un lado, cargas orientadas a la reparación del daño causado (§56.b StGB) y, de otro, reglas de conducta dirigidas a la resocialización del condenado (§56.c StGB), sin que, por tanto, «*la formulación residual del art. 83.1.5ª CP* (…) *pueda invadir el ámbito de esas tareas que el legislador* (…) *no quiso asumir*»[34].

Compartiendo dichas críticas, no era menos cierto el hecho de que, si ese compromiso o promesa de proceder a la reparación del daño no se articulaba como una regla de conducta a observar durante el periodo de suspensión, resultaba indiferente la posterior forma de proceder del condenado ya que, ante su eventual incumplimiento, no era posible invocar la revocación de la suspensión de la pena concedida.

En atención a todo ello, se abogó, como posible solución de consenso, por la regulación del incumplimiento de los compromisos de reparación del daño alcanzados como una causa autónoma de revocación de la suspensión de la pena. A favor de esta conceptuación se pronunció, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, en cuya opinión «*si de verdad se quería proyectar al condenado el mensaje de que la satisfacción de sus obligaciones es algo tan importante para la justicia como para hacer depender de ello la modulación real de la pena y de esta forma inducir la emergencia del patrimonio oculto, debió preverse la revocación*»[35]. En nuestra opinión, mediante una previsión de tal tenor se

---

33. ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima*…, *op. cit.*, p. 304.

34. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008, pp. 46-47.

35. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 113. De esta misma opinión, NAVARRO VILLANUEVA, M. C., *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 63.

hace más plausible para el propio condenado su responsabilidad por los daños inferidos a la víctima, además de que, con ello, se garantizar su mejor realización.

Pues bien, haciéndose eco de estas reivindicaciones, el legislador de 2015 ha procedido a regular, de forma expresa, en el art. 86.1 CP, como causas cuya concurrencia conlleva, de forma obligatoria, la revocación de la suspensión de la pena, entre otras, y en lo que aquí es objeto de nuestro interés, las siguientes: a) el incumplimiento, de forma grave o reiterada, de las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84 (*v. gr.* la observancia del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación; b) el incumplimiento del compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello[36]; c) la facilitación de información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 LEC. La revocación de la suspensión de la pena se limita por tanto, como se infiere de la lectura del citado precepto, a aquellos casos en los que se observe un incumplimiento grave —concepto jurídico indeterminado cuya concreción queda, pues, a la discrecionalidad judicial— o reiterado del acuerdo mediatorio; en tanto que, en los otros dos supuestos mencionados, esa consecuencia es automática[37]. En ambos casos, la inobservancia de esas medidas debe tener su razón de ser, a efectos de adoptar esta decisión, en causas imputables exclusivamente a la voluntad del condenado.

En aquellos casos en los que el incumplimiento del acuerdo mediatorio no merezca tales calificativos, el órgano judicial deberá optar por la adopción de alguna de las siguientes medidas[38]: a) la imposición al penado de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones; b) la modificación de las ya impuestas, entre las que podría estar el sometimiento a un nuevo proceso de mediación, previa conformidad de las partes[39]; c) la prórroga del plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado. En todo caso, en modo alguno se podrá modificar el con-

---

36. A este respecto, se apunta en el Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 75, que «*el nuevo régimen que establece el Anteproyecto, erigiendo como causa de revocación el incumplimiento de las responsabilidades civiles cuando se tiene capacidad económica de hacerlo, resulta más favorable para el perjudicado, pues sin duda la certeza de la revocación de la suspensión (o de la libertad condicional) ante el incumplimiento de la condena de responsabilidad civil servirá de acicate para el cumplimiento*».

37. Roig Torres, M., «Suspensión de la ejecución…», *op. cit.*, p. 325.

38. Art. 86.2 CP.

39. González Cano, M. I., *La mediación penal…*, *op. cit.*, pp. 168-169.

creto contenido del acuerdo mediatorio, salvo para la supresión del mismo, so pena de desvirtuar la voluntad de las partes[40].

Finalmente, si se tratase de un incumplimiento por causas ajenas a la voluntad del condenado, entendemos que, pese a que el precepto no hace mención alguna a este supuesto[41], el órgano judicial deberá proceder a la modificación de la obligación impuesta o del compromiso alcanzado, en atención a las nuevas circunstancias concurrentes.

4.2. Procedimiento en caso de incumplimiento de la satisfacción de la responsabilidad o del acuerdo mediatorio

A efectos de determinar la concurrencia de los incumplimientos señalados y, en su caso, las causas, la entidad y las circunstancias concurrentes, el órgano judicial podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias. En todo caso, la resolución a adoptar por el órgano judicial requerirá de la previa audiencia del Fiscal y de las demás partes (condenado y víctima personada)[42]. No obstante, el órgano judicial podrá acordar de oficio la revocación de la suspensión de la pena cuando ello resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima[43].

4.3. La revocación de la suspensión excepcional de la pena: consecuencias

En aquellos supuestos en que, de conformidad con lo anteriormente expuesto, proceda la revocación de la suspensión excepcional de la pena se procederá a ordenar, de forma inmediata, el ingreso del condenado en prisión. En este caso, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado mediante el cumplimiento del acuerdo mediatorio no le serán en ningún caso serán restituidos[44], en la medida en que esa exigencia de proceder a la repa-

---

40. Vidales Rodríguez, C. y Planchadell Gargallo, A., «La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 39, 2015, p. 8.

41. Trapero Barreales, M. A., «El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP», *Diario La Ley*, número 7941, 2012, p. 10.

42. Detalladamente sobre el significado del término «las demás partes» utilizado en el Código Penal, Pérez Rivas, N., *La víctima y el sistema de ejecución penal en España: especial referencia a su papel en la ejecución de la pena privativa de libertad*, Tesis Doctoral Inédita, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

43. Art. 86.4 CP.

44. Art. 86.3 CP.

ración del daño deriva de la comisión del delito y no de la concesión de la suspensión[45].

Por el contrario, sí se procederá a abonar al periodo de duración de la pena de prisión a cumplir las cuotas de multa ya satisfechas (art. 84.1.2ª CP) o los días de trabajos beneficio de la comunidad completados (art. 84.1.3ª CP), en tanto que medidas a observar, exclusivamente, durante el periodo de suspensión excepcional de la pena, de conformidad con los correspondientes criterios de conversión.

5. Bibliografía

Alastuey Dobón, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Alonso Rimo, A. y Villacampa Estiarte, C., «La víctima en el sistema de justicia penal II», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J. M. (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Barona Vilar, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo xxi. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, número 26, 2009.

Berdugo Gómez de la Torre, J. R., «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005.

Beristain Ipiña, A., «El nuevo Código Penal desde la victimologia», *Eguzkilore*, extra número 10, 1997.

Bouloc, B., *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, París, 2011.

Cano Cuenca, A., «Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)», en González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Cervelló Donderis, V., «Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario», en De Castro Antonio, J. L. (Dir.), *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006.

Cuadrado Salinas, C. «La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015.

De Castro Antonio, J. L., «La ejecución de la pena en materia terrorista», en Mir Puig, S. y Queralt, J. J. (Dirs.), *La seguridad pública ante el derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2010.

45. Cano Cuenca, A., «Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)», en González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 355.

FARALDO CABANA, P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXVI, 2006.

FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

GARCÍA ALBERO, R., «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2015.

GONZÁLEZ CANO, M. I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GRANADOS PÉREZ, C., *Responsabilidad civil ex delicto*, La ley, Madrid, 2010.

LARRAURI PIJOAN, E., «La reparación», en LARRAURI PIJOAN, E. y CID MOLINÉ, J. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

—«Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XIX, 1996.

LEGANÉS GÓMEZ, S., «La reparación penitenciaria del delito», *La Ley Penal*, número 45, 2008.

MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Madrid, 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

—*Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

MARTÍN RÍOS, M. P., *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007.

MUÑOZ CUESTA, J., *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*. Disponible en: www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta,%20Javier.pdf?idFile=5dcf3f87-d2e7-4f40-b09f-7b8ef794b005.

NAVARRO VILLANUEVA, M. C., *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002.

PÉREZ RIVAS, N., *La víctima y el sistema de ejecución penal en España: especial referencia a su papel en la ejecución de la pena privativa de libertad*. Tesis Doctoral Inédita, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

POZA CISNEROS, M., «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código penal», en VV. AA., *Problemas específicos de la aplicación del Código pena*l, Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009.

RÍOS MARTÍN, J. C., «La Mediación En La Fase De Ejecución Del Proceso Penal», *Revista de Estudios Penitenciarios*, número extra 1, 2006.

ROIG TORRES, M., «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

—«La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor», *Revista Penal*, número 33, 2014.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa», *Estudios de Derecho Judicial*, 2007.

Tamarit Sumalla, J. M., «La sustitución de las penas de prisión», en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

—«Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución», en Asúa Batarrita, A. y Garro Carrera, E. (Eds.): *Hechos postdelictivos y sistema de invidualización de la pena*, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009.

—«La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J. M. (Dirs.), *Manual de Victimología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

—*La víctima en el derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 1998.

Téllez Aguilera, A., «Las alternativas a la prisión en el derecho español (una visión panorámica con ideas para matar a la mala hierba de la inseguridad jurídica)», *La Ley Penal*, número 21, 2005.

Trapero Barreales, M. A., «El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP», *Diario La Ley*, número 7941, 2012.

Varona Martínez, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica,* Comares, Granada, 1998.

Vidal Castañón, A., *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006.

Vidales Rodríguez, C. y Planchadell Gargallo, A. «La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 39, 2015.

El estatuto jurídico de la víctima del delito: su derecho a los recursos

José Francisco Etxeberria Guridi
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

1. Introducción

Pocos temas u objetos de estudio existen tan susceptibles de análisis desde perspectivas o disciplinas diversas como el de la víctima del delito. El propio concepto de víctima está condicionado por la elección que de aquellas disciplinas hagamos[1]. Nuestro análisis se limitará al plano estrictamente procesal y dentro de este contexto al régimen jurídico de los recursos de los que puede valerse la víctima del delito. Se trata de una combinación que en sus dos elementos ha experimentado en poco tiempo y en fechas recientes importantes mudanzas. Tanto la víctima del delito como el régimen de los recursos que el ordenamiento procesal pone a disposición de las partes en el proceso han sido objeto de atención por parte de nuestro legislador. Tanto en un caso como en el otro por influencia determinante y vinculante de factores «externos», si como tales podemos calificar, a estas alturas, las iniciativas normativas de la Unión Europea (UE) o la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En relación al primero de los elementos de la ecuación, la víctima, resulta trascendental la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos[2]. Este instrumento normativo europeo

1. De Hoyos Sancho, M., *El ejercicio de la acción penal por las víctimas. Un estudio comparado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 19.

2. Esta Directiva sustituye a la Decisión Marco 2001/220, de 15 de marzo, que por su rúbrica, «relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal», parecía limitar su ámbito de aplicación al tratamiento procesal de la víctima del delito, pero al igual que la Directiva que la sustituye contenía previsiones específicas sobre el fomento por los Estados miembros de servicios de apoyo a la víctima (*vid.* art. 13).

es de vital trascendencia, pues tras su transposición mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante LEVD), se han incorporado aquellas disposiciones al ordenamiento español. La propia denominación que le da el legislador español a dicha norma (Estatuto de la Víctima del Delito) da a entender que ha pretendido abordar de forma integral a la víctima del delito, su «estatuto»[3]. La realidad es bien distinta, pues al igual que ocurre con los instrumentos normativos de la UE sobre la víctima, en el ordenamiento español la dispersión normativa al respecto constituye la tónica general. Por lo que no cabe hablar de un estatuto integral de la víctima[4]. Para una adecuada comprensión del tema que nos ocupa, no basta, pues, con las previsiones específicas de la LEVD 4/2015, sino que, en cuanto parte en el proceso habrá que considerar lo dispuesto en la LECrim y, en particular, las novedades incorporadas por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Aunque no debería ser así, no resultan sorprendentes los déficits de coherencia de nuestro legislador en disposiciones aprobadas con pocos meses de diferencia.

El segundo de los elementos de la ecuación, el régimen jurídico de los recursos en el proceso penal, también ha merecido recientemente la atención del legislador procesal español. El *leitmotiv* del legislador reformador en este caso ha sido el tratamiento debido a la segunda instancia penal. En efecto, si bien es cierto que el derecho a recurrir entronca con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, también lo es que, en términos generales, no existe una legitimación a recurrir siempre y en todo caso, sino sólo en los supuestos en los que el legislador procesal así lo haya previsto expresamente. Pues bien, tratándose del proceso penal, la asunción por parte del Estado español de una serie de compromisos internacionales deriva en la proclamación de la existencia de un verdadero derecho de recurrir determinadas resoluciones. Este derecho constituiría parte del contenido esencial del de tutela judicial

---

3. En relación con los «derechos de las víctimas» se afirma, por ejemplo, que «*toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios* (…)» —art. 3.1—.

4. Ordeñana Gezuraga, I. se refiere a la existencia de un pseudo-estatuto material de la víctima y pone en evidencia las notables deficiencias al respecto en su completo trabajo *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español*, IVAP, Oñati (Gipuzkoa), 2014. Crítico también con la actual dispersión legislativa Carrizo González-Castell, A., «La participación de la víctima en el proceso penal y el acceso a los servicios de justicia restaurativa», en Rodríguez Tirado, A.M. (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 355. No sólo en este caso, sino con carácter general ha de ser objeto de crítica la metodología normativa seguida por el legislador español, siempre a la sombra del europeo, limitándose a transponer —copiar literalmente— los instrumentos europeos de forma individual a medida que se van adoptando y, eso sí que es grave, apurando in extremis los plazos de transposición. Pero sin la necesaria sistematización de todas estas iniciativas para concluir con un verdadero estatuto de la víctima coherente.

efectiva y del de un proceso con todas las garantías consagrados en nuestra Constitución.

La asunción de los compromisos internacionales referida, obliga, por ejemplo, al legislador procesal penal español a contemplar en nuestro ordenamiento la posibilidad de que los condenados puedan someter a un órgano jurisdiccional superior el contenido del fallo condenatorio y de la pena impuesta. Este contexto, más bien los informes de organismos internacionales encargados de velar por el cumplimiento de los tratados o de constatar los incumplimientos a los mismos, han sido determinantes para que el propio legislador haya reaccionado reconociendo la necesidad de incorporar, o mejor dicho generalizar, la segunda instancia en el proceso penal[5]. Esto no ha ocurrido hasta fechas recientes, esto es, hasta la reforma de la norma procesal penal por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

Partiendo de lo anterior, es decir, de la necesidad de que exista una segunda instancia penal, se plantea otra cuestión vinculada a la misma. Es la relativa a la extensión de las facultades del tribunal de la segunda instancia y las facultades y garantías con las que, en ese caso, han de poder contar las partes del proceso. Particularmente el sujeto pasivo del mismo. Esta cuestión viene a cuento porque el legislador español ha ido más allá de lo que le exigían los compromisos internacionales asumidos y ha considerado, por imperativo del principio de igualdad de las partes del proceso penal remarcado por nuestro máximo intérprete constitucional, que idéntico derecho a recurrir el pronunciamiento de la primera instancia correspondía, tanto al condenado, como al acusador en caso de absolución.

En definitiva, de la conjunción de los compromisos internacionales mencionados y del principio de igualdad procesal de las partes, el ordenamiento procesal español ha de contemplar, por un lado, la posibilidad de que el condenado impugne la resolución condenatoria, y, por otro lado, la posibilidad de que el acusador impugne la resolución absolutoria. En este último caso sería posible que el acusado absuelto pueda resultar condenado en la segunda instancia por primera vez. Esto nos reconduce a la cuestión apuntada al inicio del párrafo anterior. La jurisprudencia del TEDH y la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal Constitucional ha sido determinante en el diseño de la segunda instancia penal en nuestro ordenamiento.

---

5. Lo paradójico de la cuestión es que se aprueba, en su momento, la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que reforma la LOPJ con las previsiones precisas sobre el órgano jurisdiccional competente para conocer de la segunda instancia (Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia —TSJ— respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional —AN—), pero no terminó de culminar nuestro legislador la modificación normativa precisa (de la LECrim) para materializar dicha segunda instancia.

Volviendo nuevamente al «estatuto» de la víctima y en concreto en el marco del proceso penal, hay que añadir que en nuestro ordenamiento, antes y después de la LEVD 4/2015, la víctima del delito puede constituirse en parte procesal; además, autónoma respecto del Ministerio Fiscal, parte acusadora por excelencia. Llegados a este punto, y antes de intentar resolver en las páginas siguientes la incógnita vinculada al régimen jurídico del derecho a los recursos tratándose de la víctima, destacamos la información más relevante a considerar en nuestra tarea.

Por un lado, la víctima como tal puede constituirse en parte acusadora en el proceso penal[6]. En esa condición, y en idénticos términos que el resto de partes procesales, está legitimada para recurrir las distintas resoluciones judiciales que se vayan adoptando. Hasta ahora ha sido así, pero tras la reforma de la LECrim mediante la Ley 41/2015 la víctima del delito como parte procesal acusadora (al igual que el Ministerio Fiscal) y el acusado del proceso, sujeto pasivo del mismo, se encuentran en una situación absolutamente asimétrica en lo concerniente a la posición que ostentan ambas partes a la hora de recurrir las sentencias definitivas. Es decir, el acusado-condenado puede instar la revisión de la resolución condenatoria en unos términos y una extensión distinta a la del acusador-víctima en el caso de que sea absolutoria (o condenatoria pero no en los términos deseados).

Por otro lado, la legitimación para recurrir estaba limitada a las partes del proceso. Esto también ha cambiado. La Directiva 2012/29/UE, siendo consciente el legislador europeo de que gran parte de los sistemas de justicia penal no reconocen a las víctimas la facultad de constituirse en parte acusadora[7], dispone

---

6. No podemos estar más de acuerdo con la opinión de GÓMEZ COLOMER, J. L. cuando afirma que «*España es una isla, pues es el país europeo y americano en el que la víctima más derechos procesales penales tiene, ya que, nada menos, es parte procesal penal actora si lo desea al lado del Ministerio Fiscal*»; en todo caso, concluye que la víctima se encuentra desprotegida y que se encuentran lagunas y deficiencias en la regulación al respecto, *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 214 y 413-416. A la misma conclusión llega PLANCHADELL GARGALLO, A., analizadas la Directiva 2012/29/UE y la propuesta de Borrador de CPP, «La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas», en MORENO CATENA, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 163 y 179-180. *Vid.* más crítico TAMARIT SUMALLA, J., al afirmar que la «*creencia autocomplaciente de que las víctimas siempre han estado bien tratadas por el Derecho español ha impedido a menudo reconocer los límites inherentes al modelo de acusación particular, que (…) no permite dar una satisfacción adecuada a los intereses y los derechos de las víctimas que no hayan optado por esta forma de participación en el proceso*», «La política europea sobre las víctimas de delitos», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 46.

7. El punto de partida sobre el que se asienta la Directiva 2012/29/UE considera la diversidad de situaciones en las que, conforme a los ordenamientos de cada Estado miembro, puede encontrarse la víctima respecto del proceso penal y están resumidas en su considerando (20): a) que el sistema nacional reconozca el estatuto de parte en el proceso penal; b) que la víctima esté sometida a la obligación legal o a la recomendación legal de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo como testigo; c) que la víctima tenga legalmente un derecho reconocido en el Derecho nacional a participar de modo activo en el proceso penal y manifiesta su deseo de hacerlo, aun cuando el sistema nacional no les reconozca un estatuto jurídico de parte en el proceso penal.

que los Estados miembros han de garantizar a aquéllas la posibilidad de instar la revisión de la decisión por la que se acuerda no continuar con el procesamiento (art. 11)[8]. Nos hallamos, pues, ante otra novedad importante. La víctima, aunque no se haya personado como parte hasta ese momento, está legitimada para recurrir dicha decisión. Pero nuestro legislador ha ido más allá de lo previsto en la Directiva en sus deberes de transposición y ha ampliado la facultad de la víctima de poder recurrir importantes decisiones judiciales adoptadas en la fase de ejecución.

2. El derecho al recurso en el proceso penal español

Tal como se ha apuntado en la introducción, el derecho del justiciable de acceso a los recursos forma parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)[9]. Este derecho al recurso se materializa sólo respecto de los previstos en la ley, pues el mismo «*no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso*» (STC 114/2004, de 12 de julio). ¿A qué salvedad existente en materia penal se refiere nuestro intérprete constitucional? Lo dicho con carácter general resulta válido cuando de la impugnación de resoluciones judiciales interlocutorias y de resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) se trate. Esto es, el recurso está condicionado a que el legislador procesal haya hecho previsión de tal posibilidad[10].

La salvedad a la que se refiere el TC tiene que ver con las resoluciones sobre el fondo y es consecuencia de la ratificación por parte del Estado español de sen-

---

8. Ordeñana Gezuraga, I., presenta un amplio y detallado análisis de la evolución en la protección de la víctima en el ámbito europeo, *El Estatuto Jurídico de la Víctima…*, *op. cit.*, pp. 241 y ss. y en «¿Un pasito para adelante otro para atrás? O sobre la agridulce evolución en la protección de la víctima en la Unión Europea», en Gómer Colomer, J.L. (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, volumen II, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015, pp. 955 y ss. También Pérez Rivas, N., «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al Derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, número 41, 2017, pp. 24 y ss.

9. Tapia Fernández, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, Civitas, Madrid, 2011, p. 11.

10. La exclusión de recurso judicial contra el decreto del LAJ resolviendo el recurso de reposición (art. 238 bis LECrim) lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) si nos atenemos a la doctrina sentada por el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional en relación con supuestos similares previstos en la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 58/2016, de 17 de marzo). *Vid.* acerca de la mencionada sentencia los distintos puntos de vista de Martínez Guerrero, A., «Comentario de la STC de 17 de marzo de 2016 a propósito de la revisión de las resoluciones procesales de los Letrados de la Administración de Justicia», *Diario La Ley*, número 8790, 24 de junio de 2016, pp. 1-14 y Banacloche Palao, J., «Todas las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia son revisables en todas las jurisdicciones. La inevitable extensión de la STC 58/2016, de 17 de marzo», *Diario La Ley*, número 8779, 9 de junio de 2016, pp. 1-11.

dos textos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 16 de diciembre de 1966, dispone en su art. 14.5 que «*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a la previsto por la ley*»[11]. De contenido muy similar es el art. 2.1 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), de 22 de noviembre de 1984 (ratificado por España el 28 de agosto de 2009)[12]. Fruto de tales compromisos internacionales asumidos por el Estado español y en virtud del art. 10.2 CE, el derecho al recurso en el sentido indicado forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y también constituye una de las garantías del proceso penal a que se refiere el art. 24.2 CE (STC 42/1982, de 5 de julio)[13].

Sin embargo, hasta fechas recientes no se ha dado carta de naturaleza a esta exigencia por parte del legislador, y nos encontrábamos ante un sistema de recursos en el orden penal que podríamos caracterizar como carente de uniformidad en cuanto a las decisiones sobre el fondo del asunto[14]. El diseño original previsto en la LECrim de 1882 era de instancia única, sin posibilidad de apelación, salvo en el juicio de faltas. Ello por considerar que la segunda instancia pugnaba con los principios de oralidad e inmediación que habían de informar el nuevo proceso penal frente al inquisitivo que se pretendía superar[15]. Mientras que en el juicio de faltas la apelación se explicaba por la desconfianza que generaba un juez unipersonal, lego y con un gran componente político (justicia municipal). Pero sucesivas e incesantes reformas alteraron de forma asimétrica este esquema inicial[16].

---

11. En profundidad acerca de la apelación y la segunda instancia y acerca del significado de las expresiones «tribunal superior» y revisión del «fallo condenatorio y de la pena», *vid.* Lara López, A. M., *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

12. El contenido del párrafo primero es similar al del PIDCP, la diferencia estriba en que el apartado segundo admite la posibilidad de excepciones al derecho mencionado en determinados casos: para infracciones penales de menor gravedad; cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

13. De Luis García, E. sintetiza la doctrina constitucional con dos ideas esenciales: por un lado, sólo el condenado goza de un verdadero derecho fundamental al recurso contra la sentencia condenatoria, incardinado en el derecho a un proceso con todas las garantías; por otro lado, las acusaciones disponen de un derecho a ejercer los medios de impugnación previstos en las leyes procesales como derecho de configuración legal cuya garantía se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva, «La condena ex novo en el proceso penal: pasado, presente y futuro», *Revista General de Derecho Procesal*, número 41, 2017, p. 7.

14. Martínez Arrieta, A. y Encinar del Pozo, M. A., calificaban la situación de caótica, *El recurso de casación y de revisión penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 31.

15. Lara López, A.M., *El recurso de apelación*…, *op. cit.*, p. 224. Martínez Arrieta, A. y Encinar del Pozo, M. A. apuntan a que la única instancia se sustentaba en la vigencia del principio acusatorio, en la libre valoración de la prueba y, de alguna manera, en la institución del jurado, *El recurso de casación y de revisión penal*, *op. cit.*, p. 38.

16. Podíamos encontrar en nuestro ordenamiento procesal procedimientos en los que se garantizaba la doble instancia, pero sin posibilidad de casación (anterior juicio de faltas y abreviado cuando la competencia objetiva se atribuía a los Jueces de lo Penal o Centrales de lo Penal); procedimientos de instancia única con posibilidad de casación

La inacción de nuestro legislador a la hora de ajustar nuestro corpus normativo a las exigencias internacionales de una segunda instancia o grado jurisdiccional fue sustituida por una creación jurisprudencial que alterando el sentido original del recurso de casación pretendió que éste pudiera ser utilizado para satisfacer la obligación de instaurar la segunda instancia[17]. Todo ello a través del cauce de la vulneración de los derechos constitucionales y muy particularmente del derecho a la presunción de inocencia que permite un examen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el tribunal sentenciador desde la triple perspectiva de verificar «*tanto la licitud de la prueba practicada en la que fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas*» (STC 60/2008, de 26 de mayo)[18].

3. El derecho al recurso de la víctima parte en el proceso (acusación particular)

Como ya se ha dejado apuntado en otro lugar, el ordenamiento procesal penal español se adhiere, de entre los modelos de justicia penal existentes en la UE según la Directiva 2012/29/UE, a aquel que reconoce un elevado grado de participación a la víctima. Puede, nada menos, que constituirse en parte procesal acusadora con autonomía respecto del Ministerio Fiscal. En tal condición, el régimen jurídico aplicable a los medios de impugnación que el ordenamiento procesal pone a su disposición no difiere del general que corresponde al resto de partes procesales. Esta premisa quiebra, sin embargo, con las recientes reformar procesales orientadas a «generalizar» la segunda instancia[19]. Sí es verdad que a partir de ahora van a poder ser recurridas en apelación sentencias

---

(ordinario por delitos graves y abreviado con competencia atribuida a las Audiencias); un procedimiento con una segunda instancia más limitada que lo habitual y con posibilidad de casación (procedimiento ante el Tribunal del Jurado) y un procedimiento con doble instancia y, además, con posibilidad de casación aunque limitada —casación para unificación de doctrina— (procedimiento para exigir responsabilidad penal a los menores).

17. A la desnaturalización del recurso de casación, fruto de tal esfuerzo, se ha referido la doctrina (*vid.* por todos Tapia Fernández, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia…*, *op. cit.*, p. 21), pero también el propio legislador de la reforma (Ley 41/2015, de 5 octubre) quien ha venido a reconocer en su Preámbulo que la insatisfactoria situación derivada de la ausencia de segunda instancia en determinadas causas ha tenido que «*compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación*» y ello «*desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal*».

18. El Tribunal Constitucional había conformado un cuerpo de doctrina con arreglo al cual existe una «asimilación funcional» entre el recurso de casación y el derecho a la revisión por un tribunal superior de la declaración de culpabilidad y la pena proclamado en el art. 14.5 PIDCP (SSTC 70/2002, de 3 de abril; 116/2006, de 24 de abril; 136/2006, de 8 de mayo; 16/2014, de 30 de enero). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no ha sido del mismo parecer y ha estimado, desde el Dictamen emitido al respecto el 20 de julio de 2000, numerosas denuncias presentadas por ciudadanos condenados en España por lesión del art. 14.5 PIDCP.

19. Se reitera de forma insistente el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, en la indicada pretensión de «generalización» de la segunda instancia.

que hasta ahora no lo eran, pero las condiciones y circunstancias de las partes (acusadoras o acusadas) y las facultades revisoras del órgano *ad quem* ya no serán generales en el sentido de igualitarias para todas las partes. Vamos a centrar nuestro análisis en el trato desigual que la LECrim dispensa a la víctima en cuanto acusación (también al resto de acusaciones) en relación a la mencionada segunda instancia.

Ya se ha dejado expuesto en el epígrafe anterior que eran múltiples las variables a considerar por el legislador a la hora de dar cumplimiento a sus compromisos internacionales al articular la segunda instancia penal mediante la indicada Ley 41/2015, de 5 de octubre. A través de la misma se generaliza, por un lado, la segunda instancia, solventado la contrariedad de su inexistencia en las infracciones más graves y, por otro lado, se reforma la regulación del recurso de casación ampliando su ámbito de aplicación a las infracciones menos graves, eso sí, limitándose en estos casos al motivo de casación por esencia, la infracción de ley en sentido estricto (art. 849.1 LECrim)[20].

En todo caso, hay que matizar que la segunda instancia se ha articulado de forma, también en este caso, asimétrica, de modo que en dicha instancia, no se encuentran en idéntica posición las partes procesales [acusado-acusador (víctima)], ni el órgano *ad quem* al resolver el recurso de apelación, pues dependerán sus facultades de revisión de los motivos de apelación y de las partes que lo planteen. El punto de inflexión en este caso lo provoca la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que vino a sentar el criterio, posteriormente consolidado y concretado en posteriores resoluciones, de que en la segunda instancia, el Tribunal *ad quem* no podía revocar la sentencia absolutoria de la primera e imponer una condena con fundamento en una nueva valoración de las pruebas de carácter personal, por falta de la necesaria inmediación[21].

En este escenario asimétrico, el acusado condenado puede instar y obtener una sentencia absolutoria fundamentando la apelación en el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, la infracción de normas del ordenamien-

---

20. Espíritu restrictivo apreciable en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 2016, conforme al cual la reforma de la LECrim al respecto ha de interpretarse, por un lado, excluyendo la posibilidad de casación en procesos por delitos leves; por otro lado, excluyendo la casación por lo motivos de los arts. 849.2º, 850, 851 y 852, y exigiendo la concurrencia de interés casacional.

21. Aunque el TC en esta resolución adopte como punto de partida la jurisprudencia del TEDH, lo cierto es que esta última no centra su atención en la inmediación de las pruebas personales a la hora de entender infringido o no el art. 6 CEDH. Más bien, su doctrina gira en torno a la cuestión de si en segunda instancia, o incluso en casación, se plantea una revisión de aspectos estrictamente jurídicos o también fácticos, y en torno a si dicha revisión se concreta con un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción punible, *vid.* Alcácer Guirao, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 18-43; Escalada López, M. L., «Doble instancia e inmediación: ¿Un problema resuelto?», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, *op. cit.*, p. 932.

to y en el «error en la apreciación de las pruebas» (art. 790.2 LECrim). El órgano *ad quem* puede alterar el pronunciamiento fáctico valorando nuevamente las pruebas de la instancia y sin que le sean de aplicación las restricciones de la STC 167/2002.

Las tornas cambian cuando sea la parte acusadora, que puede ser la víctima, la que alegue el error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal de la instancia. En este caso, carece el órgano *ad quem* de potestad para revocar la sentencia de instancia y resolver lo que proceda valorando nuevamente las pruebas practicadas. A diferencia del acusado-condenado, la acusación sólo puede solicitar la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria. En efecto, tras la reforma de 5 de octubre de 2015, se ha dado una nueva redacción al art. 792.2.I LECrim que dispone actualmente que «*la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiese sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2*».

No concluye aquí el diferente trato que dispensa el legislador a la acusación, pues en el caso de denunciar el error en la valoración de la prueba aquélla deberá justificar las razones que fundamentan su censura sobre dicha valoración de la prueba por el tribunal *a* quo, esto es, «*la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada*» (art. 790.2.III LECrim). Con razón se ha criticado por la doctrina que el legislador se refiera indebidamente a motivos que fundamentan el error en la valoración de la prueba, pues a salvo de la desconsideración a las máximas de experiencia, el resto de motivos se ubican en la categoría de infracciones procesales vinculadas a la tutela judicial efectiva o al derecho a la prueba[22]. Además, el órgano *ad quem* tiene, como se ha dicho, limitadas en este caso sus facultades de revisión, pues no puede condenar al encausado absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria impuesta. En estos supuestos, el tribunal *ad quem* anulará la sentencia recurrida devolviendo las actuaciones al tribunal *a quo* en los términos previstos en el art. 792.2 LECrim[23].

---

22. Bellido Penadés, R., «Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Diario La Ley*, número 8618, de 5 de octubre de 2015, pp. 7-8.

23. Esto es, el órgano *ad quem* puede limitarse a declarar la nulidad de la sentencia de instancia o extender aquélla al juicio oral concretando en este caso si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano a quo en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa. Estas limitaciones de conocimiento por el tribunal de apelación hacen que no pueda actuar como un verdadero tribunal de segunda instancia. *Vid.* en tal sentido Bellido Penadés, R., quien argumenta que se renuncia así a la hipotética mayor experiencia y formación que se supone corresponden a un órgano

Esta regulación ha recibido algunas críticas con fundamento en la quiebra del principio de igualdad de armas procesales. Ello no significa, en opinión de BELLIDO PENADÉS, que se lesione el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), en la medida en que las desiguales opciones de impugnación contarían con una justificación razonable, toda vez que, el art. 14.5 PIDCP garantiza sólo al condenado la revisión ante un tribunal superior del fallo y de la condena impuesta. Concluye, sin embargo, que una regulación basada en la desigualdad no resulta «*la más acorde con el valor de la justicia, especialmente, si junto a la posición del acusado, se contempla también la situación de la víctima*»[24].

Tampoco puede afirmarse que con las mencionadas reformas y con los «daños colaterales» que de las mismas se derivan se hayan resuelto todos los problemas que se suscitan por la implantación de la segunda instancia. El debido respeto al derecho a la defensa del acusado, permitiéndole formular las alegaciones que considere pertinentes mediante la oportuna audiencia, no parece que haya sido resuelto de forma definitiva. Se plantea la cuestión acerca de si se respeta plenamente la reiterada doctrina del TEDH[25] sobre el derecho de audiencia al acusado también en los supuestos en los que resulte condenado en la primera instancia y solicitada la revisión fáctica en apelación se limita el órgano *ad quem* a confirmar la sentencia condenatoria sin vista pública[26].

Tampoco son irrelevantes los inconvenientes que pueden derivarse de la devolución de las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida y sobre todo en el caso de que haya que proceder a un «nuevo enjuiciamiento de la causa» por extenderse la nulidad al juicio oral (art. 792.2.II LECrim). Esta solución presenta el inconveniente, por un lado, de que, efectivamente, resulte materialmente posible o no la repetición de ciertas pruebas. Por otro lado, las partes podrían

---

colegiado en causas que, en su mayoría, son resueltas en primera instancia por un órgano unipersonal, «Generalización de la segunda instancia…», *op. cit.*, pp. 8-9; BLANCO GARCÍA, F., «El nuevo régimen de recursos en el proceso penal», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 172; SANJURJO RÍOS, E. I., «La instauración general de la segunda instancia penal y sus consecuencias procesales», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 439; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «Caracterización de la apelación penal y valoración de la prueba en segunda instancia», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal…*, *op. cit.*, p. 450.

24. «Generalización de la segunda instancia…», *op. cit.*, p. 9. En similares términos DE LUIS GARCÍA, E. quien defiende que el claro desequilibrio entre la acusación y el acusado cuando de la revisión de la valoración de la prueba se trate, «*podría estar vulnerando el derecho de las acusaciones a ejercer los recursos previstos en la Ley, como derecho incardinado en la tutela judicial efectiva*», «La condena *ex* novo en el proceso penal…», *op. cit.*, pp. 7, 22 y 23.

25. Son muchas ya las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en las que se condena al Estado español por lesión en similares circunstancias del art. 6.1 CEDH. La más reciente en tal sentido la STEDH de 13 de junio de 2017, en el caso Atutxa Mendiola y otros c. España.

26. BELLIDO PENADÉS, R. es de la opinión de que conforme a la doctrina del TEDH «*el requisito de la vista pública como garantía del derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH) resulta exigible respecto de cualquier instancia, grado o recurso en el que resulte admisible un nuevo enjuiciamiento no limitado a cuestiones jurídicas, sino también comprensivo del juicio sobre los hechos y sobre la culpabilidad o la inocencia*», «Generalización de la segunda instancia…», *op. cit.*, pp. 9-10.

variar su estrategia procesal en vista del resultado de la prueba, del sentido de la sentencia de primera instancia y de la sentencia de apelación. Además, el tribunal de apelación que estima el recurso por error en la apreciación de la prueba, no se está limitando a anular la sentencia de primera instancia, sino que también está aportando criterios al órgano *a quo* acerca de cómo ha de valorar las pruebas practicadas o, al menos, de cómo no ha de hacerlo, con notable merma del principio de libre valoración de las mismas. Sin olvidar el nada improbable riesgo de que las incertidumbres se trasladen en adelante a la cuestión relativa a la debida imparcialidad del juzgador de la primera instancia que ha de pronunciarse (con nuevo juicio oral o sin necesidad de él) sobre cuestiones ya vistas y condicionado por lo dispuesto en la sentencia de apelación[27].

La reforma relativa al recurso de apelación en los términos indicados trae causa de la que recogía la Propuesta de Texto Articulado de LECrim presentada en 2013 y elaborada por una Comisión constituida al efecto (ALECrim 2013). También en este caso el desigual trato entre la acusación (víctima u otras) y el acusado era evidente. Los motivos que podían sustentar el recurso de apelación contra sentencias eran los usuales: infracción de ley procesal o material y error en la valoración de la prueba salvo, en este último supuesto, de recurso de apelación contra sentencia dictada por el Tribunal de Jurado (art. 589 ALECrim 2013). En todo caso, y al igual que formula la previsión vigente, la dimensión que adquiere el tercero de los motivos es variable y depende de la posición procesal que ocupe la parte legitimada. Tratándose del condenado «*podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopese la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas*» (art. 592.1 ALECrim 2013). Distintos son los términos que se recogen en el caso de la acusación para este mismo motivo: «*Cuando se haga valer el error en la valoración de la prueba por la acusación para anular la sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, será preciso que se justifique insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada*» (art. 592.2 ALECrim 2013)[28].

---

27. Etxeberria Guridi, J. F., «Los recursos (I)», en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberria Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 480; Sanchez Romero, R., *La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 116.

28. *Vid.* acerca de dicha propuesta la opinión de Escalada López, M. L. que no duda en calificarla de dudosa, «Doble instancia e inmediación: ¿Un problema resuelto?», *op. cit.*, pp. 921 y ss.

La asimetría no es, sin embargo, del calado que pretendía el Anteproyecto de LECrim de 2011 (ALECrim 2011), que discriminaba con mucha mayor intensidad los motivos de apelación de los acusadores (infracción de ley sustantiva y procesal, pero en ningún caso la posibilidad de solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia —art. 625—) y los que podían aducir los condenados (además de los anteriores, la revisión de la valoración de la prueba —art. 629—)[29].

Otra de las novedades incorporadas por la LEVD 4/2015 consiste en la posibilidad de que la acción penal también puede ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas (art. 109 bis.3 LECrim). Se trata de una innovación de difícil comprensión en cuanto a su naturaleza. No queda claro si representa una nueva categoría en la clasificación de las partes procesales acusadoras o si, por el contrario, parece más oportuno incardinarla dentro de alguna de las categorías ya existentes[30]. Entendemos por nuestra parte que se trata de un supuesto de acusación particular y no popular, considerando, por un lado, el contexto del precepto en su integridad, dedicado a la víctima (directa o indirecta, en los términos establecidos en el art. 2 LEVD) u ofendido, y, por otro lado, la circunstancia, no exigible en el caso de la acusación popular, de que el ejercicio de la acción penal por las asociaciones y personas jurídicas mencionadas en el precepto exige que sea «autorizado por la víctima del delito»[31].

---

29. La Exposición de Motivos reconoce que el modelo «*genera una desigualdad deliberada*», pero que se trata de una «*manifestación de la esencia del proceso penal como sistema de garantías establecido para la protección del ciudadano frente a la pretensión punitiva del Estado*». Con anterioridad a la publicidad del texto, Moreno Catena, V., defendía esta posibilidad argumentando que el tratamiento desigual no afectaría al principio de igualdad si resulta debidamente justificado y razonable, «El recurso de apelación y la doble instancia penal», *Estudios de Derecho Judicial*, número 149, 2007, pp. 62-63. A favor de un sistema como el vigente, porque evitaría la «injusticia y desigualdad» del modelo del ALECrim 2011, Tomé García, J.A., *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2013, p. 55.

30. Como plantea Carrizo González-Castell, A. si consideramos en este caso a las asociaciones de víctimas como acusación particular, se ampliaría la legitimación del ejercicio de dicha acción; se produciría, por el contrario, una restricción de entender que las asociaciones de víctimas actúan como acusación popular, «La participación de la víctima en el proceso penal…», *op. cit.*, pp. 366-367.

31. De Hoyos Sancho, M. se refiere a víctimas «con dimensión colectiva», *El ejercicio de la acción penal de las víctimas*, *op. cit.*, pp. 224-231. Montero Aroca, J. entiende que estas entidades carecen de legitimación propia y que se trata más bien de un caso de representación, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 86. De la misma opinión Guixé Nogués, E., «Consideraciones sobre la participación de la víctima del delito en el proceso penal», en Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 205. Esta posibilidad estaba recogida igualmente en el ALECrim 2013), en su art. 67, dentro del capítulo relativo al «Estatuto procesal de la víctima». Se trataba, en opinión de Romero Pradas, M. I., de una modalidad de acusación particular por parte de las víctimas, «El acusador particular y popular en el borrador de Código procesal penal español: ejercicio de la acción y juicio sobre la acusación», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, *op. cit.*, pp. 141-143. Se muestra Tinoco Pastrana, A. a favor de interpretar en un sentido amplio y flexible el concepto de «asociación», «La participación de las asociaciones de víctimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo estatuto de la víctima del delito, por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE», *Cuadernos de Política Criminal*, número 115, I, mayo 2015, pp. 282-284.

4. El derecho al recurso de la víctima no parte procesal

4.1. ¿Nos hallamos ante un nuevo concepto de recurso?

Si tomamos en consideración la definición que de recurso o medio de impugnación se ha defendido tradicionalmente en nuestra doctrina, parecería un contrasentido rubricar este epígrafe tal como lo hemos hecho. Esto es, la posibilidad de recurrir aparece vinculada usualmente con la condición previa de parte procesal. Si nos atenemos al concepto de medios de impugnación propuesto por Montero Aroca, «*son instrumentos legales puestos a disposición de las partes —y en supuestos excepcionales del MF o de otras instituciones que han de perseguir con los mismos un interés público— para intentar la modificación o la anulación de las resoluciones judiciales*»[32].

Pues bien, la LEVD 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ha venido a alterar la tradicional consideración que se tenía de las partes del proceso al definir los medios de impugnación o recursos. En efecto, dicha Ley que transpone la Directiva 2012/29/UE, permite que, en determinados casos, las víctimas puedan recurrir determinadas resoluciones sin que resulte necesario para ello que se hayan personado anteriormente en el proceso.

4.2. ¿Era necesaria esta legitimación extraordinaria en nuestro ordenamiento?

Con carácter previo al examen de los supuestos en los que la LEVD 4/2015 legitima a la víctima para recurrir determinadas decisiones, procede plantearse al menos una interrogante acerca de la oportunidad o acierto del legislador español a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento dicha posibilidad. Volvemos nuevamente, por un momento, a recordar el panorama que, acerca de la participación de la víctima en el proceso penal, refleja el considerando (20) de la Directiva. Conforme al mismo, dicha participación en los sistemas de justicia penal de los Estados miembros de la UE es muy dispar. El estatuto de la víctima en tal sentido puede comprender un nivel máximo o intenso, como reconocerle la condición de parte procesal; o un nivel mínimo, como puede ser el mero de hecho de estar obligado a declarar como testigo; pasando por un nivel intermedio, esto es, permitir una participación activa en el proceso, pero sin llegar a alcanzar la posibilidad de ser parte en el mismo.

---

32. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 1099. También vinculan el derecho al recurso a la «parte gravada» o a la «parte en el proceso» Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 863 y Lara López, A. M., *El recurso de apelación…*, *op. cit.*, p. 38, respectivamente.

Partiendo de este panorama, la Directiva 2012/29/UE establece algunos supuestos de decisiones que afectan particularmente a la víctima, por lo que los mismos han de ser susceptibles de impugnación o revisión por parte de aquélla. Los supuestos previstos por la Directiva son los siguientes: a) la posibilidad de impugnar «*toda decisión de no facilitar interpretación o traducción*» (art. 7.7); y b) la posibilidad de instar la revisión de la decisión por la que se acuerda no continuar con el procesamiento (art. 11)[33].

Pues bien, para entender adecuadamente el sentido de tales disposiciones conviene tener presente que el objeto de la Directiva 2012/29/UE consiste en establecer, conforme al art. 82.2 TFUE, normas mínimas sobre los derechos de las víctimas de los delitos en la medida en que resulten necesarias para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. Los verdaderos destinatarios de tales normas mínimas son, indudablemente, aquellos Estados miembros que no tienen garantizada en su ordenamiento jurídico procesal una intervención de la víctima que les faculte a recurrir las decisiones anteriormente indicadas. En nuestro ordenamiento procesal, las víctimas tienen reconocida una participación en el proceso particularmente intensa y efectiva. Pueden constituirse en parte acusadora (acusación particular) y recurrir las decisiones anteriormente mencionadas[34].

4.3. El antecedente de la participación del perjudicado (no acusación particular) en la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor

La redacción original de la LO 5/2000 vetaba la posibilidad de que en el proceso penal del menor existiera otra acusación que no fuera la del Ministerio Fiscal. El enunciado del art. 25 al respecto contenía la referencia expresa a la «inexistencia de acción particular y popular». Justificaba la Exposición de Motivos tal prohibición en que el único interés a considerar era el del menor y el mismo coincidía con el de la sociedad y el Estado[35].

---

33. En relación con el primer supuesto, ha de tomarse como punto de partida el hecho de que la Directiva pretende que los Estados miembros garanticen que las víctimas que no entiendan o no hablen la lengua del proceso penal de que se trate, cuenten con una interpretación gratuita, siempre que lo soliciten, al menos durante las entrevistas o tomas de declaración (art. 7.1); así como con una traducción gratuita de una serie de decisiones esenciales (art. 7.3). En relación con el segundo supuesto, los Estados miembros han de garantizar igualmente a las víctimas el derecho a una revisión de la decisión de no continuar con el procesamiento (art. 11).

34. Afirma al respecto Gómez Colomer, J. L., que el Estatuto Jurídico de la Víctima del delito, tal como está concebida en la Ley, no es una norma necesaria en el ordenamiento jurídico español, *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito*, *op. cit.*, p. 281.

35. En concreto, «(…) *no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el*

Antes, sin embargo, de que mediante la LO 15/2003 se diera carta de naturaleza a la participación del perjudicado como acusación particular[36], con modificación del art. 25, éste mismo precepto atribuía a aquél una intervención amplia que comprendía: a) tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden; b) proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor y manifestar lo que tenga por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas; c) participar en la práctica de las pruebas; ser oído acerca del resultado de la prueba (salvo lo relativo a la procedencia de las medidas), etc.

Entre las facultades reconocidas al perjudicado (víctima) que no podía personarse como parte acusadora, pero sí intervenir en el proceso, se encontraban igualmente la de impugnar algunas resoluciones, así, recurrir en apelación la sentencia dictada por el Juez de Menores; recurrir en reforma y en apelación las resoluciones interlocutorias (autos y providencias); y recurrir en apelación los autos definitivos (arts. 25 y 41 LO 5/2000 —redacción original—).

4.4. Un supuesto dudoso: el recurso de la decisión de no facilitar interpretación o traducción a la víctima

El art. 12 de la LEVD 4/2015 permite a la víctima recurrir la decisión de sobreseer la causa aunque no se haya personado previamente en la misma. El art. 13 de la misma LEVD 4/2015 legitima en idénticas condiciones que la víctima pueda recurrir determinadas decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) en la fase de ejecución.

Existe, sin embargo, otro supuesto que no aparece recogido con idéntica claridad en la LEVD 4/2015 que nos ocupa. Nos referimos a la posibilidad de recurrir la decisión judicial de no facilitar interpretación o traducción a la víctima. La recurribilidad de tal decisión está recogida en el art. 9.5 de la LEVD 4/2015. En los epígrafes previos se garantiza el derecho de toda víctima que no hable o no entienda el castellano o lengua oficial que se utilice a ser asistida gratui-

---

Estado coincide con el interés del menor»; esto es, «sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor».

36. A favor de dicha opción *vid.* De Hoyos Sancho, M., *El ejercicio de la acción penal*…, *op. cit.*, p. 259. También Armenta Deu, T., «La víctima como excusa: su posición en los sistemas procesales en relación con el ejercicio exclusivo de la acción penal y el procedimiento de menores», en Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S. y Calderón Cuadrado, P. (Coords.), *El Derecho Procesal español del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 929 y ss. La misma autora en «El derecho del menor víctima a constituirse en parte en el proceso de menores», en Armenta Deu, T. y Oromí Vall-Llovera, S. (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010, pp. 61 y ss.

tamente por un intérprete (art. 9.1.a) y a la traducción gratuita de las resoluciones a que se refieren el art. 7.1 y el art. 12 (art. 9.1.b), así como a la traducción gratuita de aquella información que resulta esencial para el ejercicio de los derechos a que se refiere el Título II (art. 9.1.c).

En este caso, se limita la LEVD 4/2015 a proclamar que la decisión judicial de no facilitar interpretación o traducción a la víctima «podrá ser recurrida en apelación» (art. 9.5). Nada se dice acerca de quién es el legitimado para ello. No cabe duda de que la víctima constituida en acusación particular podría hacerlo sin ningún inconveniente, en la medida en que resulta perjudicada por la decisión de no facilitar interpretación o traducción. También el Ministerio Fiscal como garante de los derechos de los ciudadanos (víctimas) y de la legalidad si entendiera que aquella decisión no se ajusta a la misma. Ahora bien, ¿y si la víctima no se ha personado en la causa?, ¿tendrá al igual que en los restantes supuestos mencionados tal posibilidad?

En nuestra opinión no cabe ninguna duda de que la víctima se encuentra perfectamente legitimada. Entendemos que resulta suficiente el argumento de que la Directiva 2012/29/UE faculta directamente a las propias víctimas a impugnar toda decisión de no facilitar interpretación o traducción (art. 7.7)[37]. Aunque la víctima todavía no se haya personado en el proceso. Si al transponer la Directiva mediante la LEVD 4/2015 el legislador español ha posibilitado que la víctima no parte en el proceso pueda recurrir determinadas resoluciones —entendemos que sin obligación para ello, pues el ordenamiento procesal español le permite personarse como parte procesal— resultaría ilógico e incomprensible que en el supuesto que nos ocupa no pudiera hacerlo.

Al hilo de este particular supuesto hay otra cuestión que plantea también ciertas dudas. Nos referimos al caso en que la decisión de no facilitar interpretación o traducción se adopte en el seno de actuaciones policiales. Para tales casos, dispone la LEVD 4/2015 que la decisión «podrá ser recurrida ante el Juez de Instrucción» (art. 9.4). No ha procedido el legislador con finura en este precepto, pues no cabe recurrir ante la autoridad judicial penal una decisión que tiene su origen en funcionarios de la policía. A no ser que entendamos que se trata de una ficción para que proceda el Juez de Instrucción de oficio, pues continúa el mismo precepto precisando que «*este recurso se entenderá inter-*

37. Sí matiza la Directiva que la posibilidad de impugnar una decisión de no facilitar interpretación o traducción no ha de implicar una prolongación injustificada del proceso penal (art. 7.8). El considerando (35) ofrece una información explicativa más amplia, al indicar que no conlleva para los Estados miembros la obligación de contemplar un mecanismo o procedimiento de reclamación separado que pueda prolongar el proceso. Entiende ORDEÑANA GEZURAGA, I., que la única razón para justificar la negativa a este derecho ha de ser la constatación de que la víctima habla y entiende el idioma en que se desarrolla el proceso, *El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*…, *op. cit.*, p. 437.

puesto cuando la persona afectada por la decisión hubiera expresado su disconformidad en el momento de la denegación»[38].

4.5. El recurso por la víctima de la resolución de sobreseimiento

El Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD 4/2015) legitima a la misma para recurrir la decisión de sobreseimiento. En concreto dispone que «*la víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso*» (art. 12.2). El precepto se refiere tanto a la víctima directa, como a la indirecta.

Esta facultad reconocida de forma tan rotunda a la víctima experimenta no pocos problemas de entendimiento como consecuencia de la desacertada remisión a lo dispuesto en la LECrim. Hubiera resultado más acertado, y sobre todo menos problemático, si se hubiera limitado el legislador a un pronunciamiento general sobre dicha legitimación, evitando cualquier remisión a la norma procesal por excelencia[39]. Huelga decir que, habiéndose constituido la víctima en parte acusadora (particular), dicha posibilidad sería consustancial a tal condición.

4.5.1. Algunas dudas acerca de la Directiva y su transposición

La normativa española ha optado, como no podía ser de otra manera, por garantizar a la víctima la posibilidad de recurso. La Directiva 2012/29/UE utiliza en sus distintos preceptos terminología diversa para referirse, creemos, a la misma realidad. En el caso anteriormente expuesto (recurso contra la decisión judicial de no facilitar interpretación o traducción) la Directiva utiliza la expresión «impugnar» (*to challenge, contester, impugnare*…) en su art. 7.7, mientras que en el presente caso la Directiva utiliza la expresión «derecho a una revisión» (*review, reexamen, riesame*…) en su art. 11. Este último precepto, que es el que nos interesa ahora, señala en su apartado primero que «*los Estados miembros garantizarán a las víctimas, de acuerdo con su estatuto en el sistema*

38. El legislador no ha sido consciente de que la denegación del derecho a interpretación o traducción puede proceder del Fiscal. Compartimos con Gómez Colomer, J. L., su opinión acerca de que la solución ha de ser equivalente a la de la denegación por la policía, *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito*, *op. cit.*, p. 350.

39. Estamos plenamente de acuerdo con Gómez Colomer, J. L. cuando afirma que el manejo de dos textos legales fomentará colisiones normativas, contradicciones legales y dudas interpretativas, *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, *op. cit.*, p. 282. Igualmente crítico Manzanares Samaniego, J. L., quien, por otra parte, propone que de admitirse el recurso contra el sobreseimiento, resultaría procedente el recurso contra la sentencia absolutoria, «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, número 8351, de 10 de julio de 2014, pp. 14 y 17-18.

judicial penal pertinente, el derecho a una revisión de una decisión de no continuar con el procesamiento. Las normas procesales de dicha revisión se determinarán en el Derecho nacional»[40].

También es de destacar que la Directiva no garantiza de forma absoluta la posibilidad de solicitar la revisión de la decisión de no continuar con el procesamiento. Por ejemplo, dicha facultad de la víctima se limita a los delitos graves en el caso de que la legislación nacional condicione la activación de su estatuto a que se haya decidido continuar con el procesamiento (art. 11.2). Aunque no exista en nuestro ordenamiento un supuesto que encaje con exactitud en la excepción anteriormente citada, el criterio de la gravedad puede ser objeto de consideración para dar respuesta a una serie de interrogantes que sí se plantean en nuestro Derecho.

Otro supuesto que contempla la Directiva, pero no la norma española de transposición, es el que se plantea cuando la decisión de no continuar con el ejercicio de la acción penal proceda de la «*autoridad competente de máximo rango contra la cual no exista más recurso en la legislación nacional*». Para estos casos opta la Directiva a favor de que la revisión la efectúe esa misma autoridad (art. 11.4). Nos vienen a la mente, sin esfuerzo alguno, los abundantes casos de aforados competencia del Tribunal Supremo. Siguiendo con el criterio de la Directiva, también en estos supuestos ha de ser recurrible por la víctima la decisión de sobreseer la causa, cumpliendo esta función el recurso de súplica (arts. 236-238 LECrim), a nuestro entender[41].

Otra de las excepciones previstas en la Directiva, y a la que la Ley española de transposición no ha prestado atención, es la derivada de la decisión de no continuar con la acción penal cuando la misma procede del Fiscal y es el resultado de un acuerdo extrajudicial (art. 11.5)[42]. La razón del silencio no es otra que la inexistencia en España de una aplicación de la oportunidad por el Fiscal que no se encuentre sometida al control judicial. El único caso en que resulta procedente la aplicación de dicho principio es el proceso por delitos leves (arts.

---

40. Nos parece correcta la decisión del legislador español de equiparar el sobreseimiento con la decisión de «*no continuar con el procesamiento*» *a que se refiere la Directiva, expresión que no nos parece, en cambio, muy acertada. Llama igualmente la atención en la versión española de la Directiva que no coincida la terminología empleada en el articulado con la que se recoge en sus considerandos. El art. 11 se refiere a la decisión de no continuar con el «procesamiento»*, mientras que el considerando (43) se refiere a la decisión de no formular «acusación». En las restantes versiones que hemos consultado no se da tal diversidad terminológica entre lo dispuesto en el articulado y en los considerandos (*not to prosecute, ne pas poursuivre, non esercitare l´azione penale, não deduzir acusação*…).

41. El considerando (43) explica que la revisión de la decisión de no continuar con la acusación debe ser llevada a cabo por una «*persona o autoridad distinta*» de la que adoptase la decisión inicial, salvo que proceda de la máxima autoridad, tal como se ha indicado.

42. Conforme al considerando (45) dicho arreglo extrajudicial ha de ser mínimamente gravoso para el infractor, pues ha de implicar «*al menos una advertencia o una obligación*».

963-965 LECrim) y en el mismo se da el correspondiente control judicial acordando el sobreseimiento y archivo de las diligencias solicitadas por el Fiscal[43]. El único supuesto en el ordenamiento español en el que cabe la decisión de no continuar o, mejor dicho, de desistir de la incoación del expediente o fase de instrucción, es el previsto en el art. 18 LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor, limitado a los delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas y cuando el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. Corresponde al Fiscal adoptar tal decisión mediante decreto motivado y acordando el archivo de las diligencias preliminares (*vid.* Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la FGE)[44].

4.5.2. Condición previa: ser informada de la resolución de sobreseimiento

No cabe duda de que, lógicamente, la efectividad del derecho a recurrir la resolución de sobreseimiento a que se refiere el art. 12.2 de la LEVD 4/2015 está condicionada a que la víctima haya sido convenientemente informada de tal decisión. Sobre todo, como es el caso, cuando se trata de una víctima que no se ha personado en la causa hasta ese momento. Por esta misma razón, el precepto da comienzo con el requerimiento de que la resolución de sobreseimiento sea comunicada a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos, así como al resto de víctimas directas cuya identidad y domicilio sean conocidos. Tratándose de víctimas indirectas, se dispone igualmente que el Juez o Tribunal podrá acordar, eso sí, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieran

---

43. Habrá que esperar a ver de qué modo concreta el legislador el enésimo anuncio ministerial de que la instrucción de las causas se trasladará al Ministerio Fiscal. En las distintas propuestas de reforma integral de la LECrim que recientemente se han presentado, es el Fiscal quien instruirá las causas y en las mismas se incorpora con generosidad el principio de oportunidad. Pero la decisión del Fiscal de no continuar con la acción penal ha de ser ratificada por una decisión judicial de sobreseimiento. Así en el ALECrim 2013, el sobreseimiento por motivos de oportunidad del art. 91 o la suspensión para el cumplimiento de prestaciones por el encausado del art. 92 están sometidas al control del Tribunal de Garantías. También en el ALECrim 2011 el decreto de archivo del Fiscal es impugnable ante el Juez de Garantías, no sólo por las partes acusadoras personadas, sino también por los «ofendidos y perjudicados que, a tal efecto, se personen» (art. 499) y ha de ser ratificada, en su caso, mediante el correspondiente sobreseimiento judicial (art. 500). Planchadell Gargallo, A., vincula igualmente esta posibilidad con la incorporación del principio de oportunidad por el Fiscal, «La regulación de la situación de la víctima: ¿Maremágnum legislativo?», en Gómer Colomer, J. L. (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada*, *op. cit.*, p. 1118.

44. En puridad, y aunque no se diga expresamente en su articulado, sino en los considerandos, la Directiva está pensando en una decisión de no continuar con el ejercicio de la acción penal acordada por las autoridades encargadas de la fase de inicial de investigación o instrucción. Así, se afirma que «*el derecho a que se revise la decisión de no formular acusación se ha de entender referido a decisiones adoptadas por los fiscales y jueces de instrucción o autoridades policiales, como los agentes de policía, pero no a las decisiones adoptadas por órganos jurisdiccionales*» [considerando (43)]. Aprovechamos la ocasión para compartir con Ordeñana Gezuraga, I. la falta de correspondencia que a menudo se produce entre los considerandos y el articulado; los primeros son más detallados y aclaratorios que el segundo, lo que se traduce en un padecimiento de la seguridad jurídica, *El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito…*, *op. cit.*, pp. 356-357.

practicado para su localización (art. 12.1)[45]. De esta manera se da satisfacción, igualmente, al derecho de la víctima a recibir información sobre la causa.

Aunque la transposición se haya hecho, en no pocos aspectos, de forma un tanto enrevesada, tenemos que entender que corresponde a la víctima solicitar *que le sea notificada la resolución* de sobreseimiento. El art. 12.1 de la LEVD 4/2015 se remite a lo que disponga la LECrim. Los arts. 636 y 779 de ese cuerpo normativo se remiten a su vez al art. 5.1.m) de la LEVD 4/2015, que se refiere al derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el art. 7 de esta última Ley. Pues bien, el art. 7.1 contempla una serie de resoluciones esenciales sobre el *iter* de la causa penal, pero entre ellas no se prevé la resolución de sobreseer la causa (sí, en cambio, la resolución por la que se acuerde «*no iniciar el procedimiento penal*», que no puede equipararse *stricto sensu* al auto de sobreseimiento). El art. 6 de la Directiva, que se supone ha sido transpuesto por el art. 7 de la LEVD 4/2015, sí contempla explícitamente dentro del derecho a recibir información sobre su causa, la relativa a «*cualquier decisión de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor*». También lo hacía el Anteproyecto de LO del Estatuto de la víctima del delito en su versión original (art. 7).

4.5.3. ¿Resulta de aplicación en el procedimiento por delitos leves y en los juicios rápidos?

La LEVD 4/2015 plantea de forma, aparentemente, tajante la posibilidad de que la víctima recurra la resolución de sobreseimiento, sin que sea necesario que anteriormente se haya personado en la causa. El inconveniente deriva de la remisión que hace a lo dispuesto en la LECrim. Esta última prevé tal posibilidad de recurso en dos supuestos específicos: en el art. 636 del procedimiento ordinario por delitos graves y en el art. 779 del procedimiento abreviado. ¿Se encuentra vedada la misma posibilidad de recurso en otros procedimientos? ¿Procede en el procedimiento por delitos leves o en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos (juicios rápidos)?

La cuestión puede responder a una deficiente técnica legislativa o corresponderse con una decisión plenamente meditada. A favor de esta última interpretación podría argumentarse que, en caso contrario, no se habría recurrido a la

---

45. Compartimos con Gómez Colomer, J. L. las objeciones a la posibilidad de limitar la comunicación a las víctimas indirectas, pues el art. 11 de la Directiva no establece tal limitación y se puede entender que la transposición no se ajusta a la norma comunitaria, *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito*, *op. cit.*, p. 359. Compartimos igualmente su preocupación por el empleo de términos indeterminados al despachar tal limitación («esfuerzos desproporcionados»). El Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto, de 29 de mayo de 2014, también destacaba el carácter subjetivo del criterio «esfuerzos desproporcionados» y proponía su sustitución por otro más objetivo. Igualmente crítico el Informe del CGPJ, de 31 de enero de 2014.

remisión a la LECrim. Pero la LEVD 4/2015 lo ha hecho y sólo para contemplarlo en los arts. 636 y 779 LECrim. A favor de la interpretación contraria podrá argumentarse que tampoco resultaba necesaria una mención expresa, en la medida en que dichos preceptos podrían aplicarse supletoriamente en el resto de procedimientos[46]. Pero frente a este razonamiento podría contra-argumentarse que tampoco resultaba necesaria por los mismos motivos la referencia en el art. 779 LECrim[47] y, sin embargo, el legislador sí lo hace.

Ya hemos dicho anteriormente que la Directiva prevé que en determinados casos el derecho a solicitar la revisión de la decisión de no continuar con el ejercicio de la acción penal puede condicionarse a la gravedad de los delitos en cuestión. Por ejemplo, cuando las garantías y derechos vinculados al estatuto de la víctima se activen en determinadas legislaciones nacionales una vez que se acuerde continuar con el procesamiento del infractor (art. 11.2). Podría pensarse que el legislador español de modo consciente pretende eliminar la posibilidad de recurrir el sobreseimiento en el caso de las infracciones más leves. Pero el argumento de la gravedad no tendría sentido en el procedimiento de juicios rápidos, cuyo ámbito de aplicación es coincidente con el tramo de infracciones menos graves que se enjuician en el procedimiento abreviado (los de competencia del Juez de lo Penal). Menos aún, en nuestra opinión, en el caso del procedimiento de enjuiciamiento de delitos leves, pues, en este caso, el sobreseimiento responde a razones de oportunidad y no de ausencia del objeto del proceso o de dudas acerca de su existencia. Por este motivo, entendemos justificada la legitimación de la víctima en ambos casos para recurrir el sobreseimiento, pese al silencio legal.

4.5.4. El recurso contra la resolución de sobreseimiento en el procedimiento ordinario por delitos graves

En el procedimiento ordinario por delitos graves corresponde al órgano de enjuiciamiento (art. 622 LECrim: «*Tribunal competente para conocer del delito*»), que, al margen ahora los supuestos de aforamiento, será, bien la Audiencia Provincial, bien la Sala de lo Penal de la AN (art. 14.4 LECrim), dictar el auto de sobreseimiento a que se refiere el art. 12.2 LEVD 4/2015 y que es susceptible de recurso por la víctima aunque hasta ese momento no se haya personado en la causa. ¿Qué recurso puede interponer en este caso la víctima —personada o

46. Dispone el art. 795.4 LECrim respecto de la regulación de los juicios rápidos que «*en todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado*».

47. Conforme al art. 758 LECrim el procedimiento abreviado «*se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título*».

no—? Parece indudable que procede el recurso de casación y entendemos que, previamente, también el recurso de apelación.

Resulta categórico el pronunciamiento contenido en el art. 636.I LECrim: «*Contra los autos de sobreseimiento, sólo procederá, en su caso, el recurso de casación*». Corrobora la posibilidad del recurso de casación lo dispuesto en el art. 848 LECrim: «*podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada*».

Las dudas surgen acerca de si es posible interponer previamente el recurso de apelación tras la incorporación del nada claro art. 846 ter LECrim mediante la Ley 41/2015. Dicho precepto se justifica por la necesidad de incorporar la segunda instancia frente a las sentencias dictadas en primera por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la AN, apelación que habrá de resolver la Sala de lo Civil y Penal del TSJ y la Sala de Apelación de la AN, respectivamente. Sentencias anteriormente recurribles sólo en casación. Sin embargo, junto a las sentencias de los mentados órganos, el nuevo precepto permite recurrir también en apelación y también atribuyendo su conocimiento a los mismos tribunales *ad quem* los «*autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre*» (art. 846 ter. 1).

La confusión es notable: los mismos autos —sobreseimiento libre— procedentes de los mismos órganos jurisdiccionales —Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la AN— son recurribles en apelación (art. 846 ter.1) y en casación (art. 848). Pero no de forma sucesiva, sino simultánea. A favor de la posibilidad de apelación previa se puede argumentar la literalidad del propio art. 846 ter.1 LECrim. También el sentido de la reforma, esto es, generalizar la segunda instancia respecto de las sentencias que anteriormente eran recurribles sólo en casación, ¿y por qué no extender la apelación a los autos de sobreseimiento? En contra cabe también argumentar la literalidad de los arts. 636 y 848 LECrim que parecen contemplar exclusivamente el recurso de casación. Así como la remisión que hace el art. 846 ter. 3 LECrim a los arts. 790-792 LECrim respecto de la tramitación del recurso de apelación en tales supuestos, preceptos que se refieren a la impugnación de sentencias (no de autos) en el procedimiento abreviado y la previsión de que la apelación se resolverá mediante sentencia (art. 846 ter. 1 LECrim)[48].

48. No creemos, sin embargo, que el precepto en cuestión se refiera sólo al auto de sobreseimiento por resultar estimados determinados artículos de previo pronunciamiento (art. 675 LECrim) —resolución recurrible en apelación

Nos decantamos por entender con Cortés Domínguez que la literalidad del art. 846 ter LECrim es favorable a que los autos de sobreseimiento libre sean recurribles en apelación ante los TSJ o ante la Sala de Apelación de la AN[49]. Aunque ello entre en franca contradicción con lo dispuesto en los arts. 636 y 848 LECrim que también han sido objeto de modificación ¡por el mismo legislador y, en el segundo precepto, por la misma Ley 41/2015!

Hay que tener presente que las novedades incorporadas por la LEVD 4/2015 (recurso frente a los autos de sobreseimiento) sólo garantizan una revisión de la decisión por un órgano superior, en los términos recogidos en la Directiva. El art. 642 LECrim faculta, sin embargo, a la víctima (interesada en el ejercicio de la acción penal) a personarse como parte acusadora y ejercer las acciones correspondientes en el caso de petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal[50].

4.5.5. El recurso contra la resolución de sobreseimiento en el procedimiento abreviado

En el procedimiento abreviado la decisión de sobreseimiento corresponde dictarla al Juez de Instrucción, Juez Central de Instrucción o a quien haga sus veces con ocasión de aforamiento. También en este caso la LEVD 4/2015 ha modificado la LECrim y en concreto su art. 779.1 para incorporar la posibilidad de que las víctimas puedan recurrir el auto de sobreseimiento «*aunque no se hubieran mostrado parte en la causa*». Huelga decir que si se han personado están igualmente legitimadas. La primera duda que se plantea de la lectura del mencionado precepto es la relativa al motivo por el que se limita la posibilidad de recurso a lo previsto en el art. 779.1 LECrim, esto es, al sobreseimiento acordado por el Juez de Instrucción de oficio en el auto que da por concluidas las diligencias previas.

(art. 676 LECrim) ante las Salas de lo Civil y de lo Penal de los TSJ (art. 846 bis. a LECrim)—, pues se mantiene sin modificación este último precepto. Además, la tramitación de este recurso de apelación (aplicable también a las sentencias y determinados autos recaídos en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado) concluye mediante sentencia (art. 846 bis. f LECrim).

49. Dicho autor se muestra, incluso, partidario de que proceda el recurso de apelación frente a los autos de sobreseimiento provisional y no sólo frente a los autos de sobreseimiento libre, con Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 612. También Guixé Nogués, E., «Consideraciones sobre la participación…», *op. cit.*, p. 211.

50. Guixé Nogués, E., entiende igualmente que hubiera bastado con un trámite de ofrecimiento de acciones similar con carácter obligatorio antes de sobreseer, «Consideraciones sobre la participación de la víctima…», *op. cit.*, p. 210. Quedaría sin resolver la recurribilidad en casación frente a las resoluciones de los TSJ resolviendo recursos de apelación contra autos de sobreseimiento en supuestos de aforados. *Vid.*, al respecto López López, A. M., «El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia», *Diario La Ley*, número 8907, de 24 de enero de 2017, pp. 6-8.

En efecto, el aludido no es el único precepto que contemple un acuerdo de sobreseimiento. También lo hace el art. 782.2 LECrim, cuando el MF solicita el sobreseimiento y el Juez pone a la víctima en conocimiento de tal pretensión, por si quisiera ejercitar la acción penal, y no lo hace, y el art. 783.1 LECrim, esto es, cuando pese a la solicitud de apertura del juicio oral por parte del MF (o la acusación particular) el Juez estime que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado. Aunque el legislador no lo haya hecho de forma expresa, la posibilidad de recurso de la víctima no personada ha de garantizarse también en estos supuestos[51].

Hecha esta puntualización, la siguiente cuestión que procede resolver es la relativa a los recursos que cabe interponer por parte de la víctima contra la resolución de sobreseimiento. No hay duda de que proceden los recursos de reforma y de apelación conforme al art. 766.1 LECrim al no estar exceptuada de recurso dicha resolución. El de apelación lo resolverá la Audiencia respectiva, esto es, la Provincial o la Sala de lo Penal de la AN. Pero, ¿resulta procedente el recurso de casación contra la resolución del recurso de apelación?

De la nueva redacción dada al art. 848 LECrim parece desprenderse una respuesta afirmativa, pues podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, «*los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la AN cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre*». Esta posibilidad de casar el auto que resuelve el recurso de apelación interpuesto, a su vez, ante el auto de sobreseimiento del Juez de Instrucción, no hace sino trasladar al ordenamiento el acuerdo no jurisdiccional adoptado por el Tribunal Supremo al respecto. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS a que nos referimos es de 9 de febrero de 2005, y en el mismo se condiciona la recurribilidad en casación a la concurrencia de las siguientes condiciones: a) se trate de un auto de sobreseimiento libre; b) haya recaído una imputación judicial equiparable al procesamiento; y c) el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación, esto es, competencia de la Audiencia Provincial o de la Sala de lo Penal de la AN[52].

---

51. Una manifestación más, y no la última, de la falta de coordinación del legislador. De ser posible el recurso en los tres supuestos mencionados, se da la paradoja de que los motivos de sobreseimiento en cada uno de ellos no son coincidentes.

52. Posteriormente, mediante otro Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la misma Sala, se hará extensiva esta posibilidad de recurrir en casación, y bajo las mismas condiciones, a las decisiones de los TSJ que en apelación revocan los autos del Instructor transformando las diligencias previas en procedimiento abreviado y ordenando el sobreseimiento libre (Acuerdo de 4 de marzo de 2015).

Pero, ¿cabe también recurrir en casación el auto de sobreseimiento libre proveniente en apelación de las mismas Audiencias, pero por delitos competencia del Juez de lo Penal? Entendemos nuevamente que de la dicción literal del art. 848 LECrim procede la casación también cuando se trate de las infracciones menos graves dentro del procedimiento abreviado, esto es, las de competencia del Juez de lo Penal. En efecto, la redacción definitivamente aprobada no incluye la limitación a los supuestos de competencia de las Audiencias, que sí incluía, en consonancia con el Acuerdo del TS, el Anteproyecto de LO de modificación de la LECrim, de 5 de diciembre de 2014, para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas[53]. Por otra parte, esta interpretación se justificaría con la nueva dimensión dada tras la reforma al recurso de casación, es decir, las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la AN, sí son casables en la actualidad, aunque limitada tal posibilidad por el motivo de infracción de ley previsto en el art. 849.1º LECrim (art. 847.1.b LECrim)[54].

4.5.6. Los plazos para recurrir

Tampoco ha estado muy acertado el legislador a la hora de regular tan trascendental cuestión. Tanto cuando se hace referencia al recurso de casación (art. 636 LECrim), como al recurso de apelación (art. 779.1.1ª LECrim), el legislador ha dispuesto al respecto lo siguiente: «*las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa*». Tal y como están redactados los preceptos, parece que el plazo de 20 días para recurrir es común para todas las víctimas, se hayan personado previamente como parte acusadora, o no (*aunque*).

La cuestión no resulta baladí, pues las víctimas ven ampliado considerablemente el plazo a tal efecto si lo comparamos con los previstos de ordinario. Éstos son de 5 días para recurrir en apelación (arts. 212 y 766.3 LECrim) o de 10 días si se recurre el auto de sobreseimiento libre proveniente de una Audiencia Provincial o de la Sala de lo Penal de la AN (art. 790.1 en relación con el art. 846

---

53. La redacción que el Anteproyecto citado daba al art. 848 LECrim se refería, en efecto, exclusivamente a los «supuestos previstos por el artículo 14.4 de esta ley», esto es, en las causas competencia de las Audiencias Provinciales o de la Sala de lo Penal de la AN. El Proyecto de Ley posteriormente remitido por el Gobierno a las Cortes, una vez separado el contenido del Anteproyecto en dos Proyectos de Ley, eliminó la limitación a los supuestos del art. 14.4 LECrim. Gimeno Sendra, V. sostiene que no cabe en esos casos recurso de casación, pero se debe, quizás, a que sigue considerando la desaparecida limitación correspondiente al art. 14.4, *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 911.

54. La posibilidad de recurrir en casación las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias mencionadas no estaba prevista en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno. Su origen se encuentra en una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán, pero que pretendía residenciar el conocimiento de la casación en el TSJ respectivo. La redacción definitiva surge del Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso.

ter.1 LECrim). Entendemos que esta ampliación del plazo no resulta justificada si la víctima ya se ha personado previamente en el proceso, lesionaría la debida igualdad de las partes procesales. Resulta comprensible en el supuesto de que la víctima no se haya personado hasta ese momento, que es lo que creemos que quería decir el legislador, pues deberá proveerse de abogado y procurador y tomar conocimiento de lo actuado más allá del contenido de la resolución[55].

Partiendo, pues, de la consideración de que la ampliación del plazo para recurrir (20 días) resulta justificada sólo en el caso de la víctima no personada, no acaban aquí las excepcionalidades derivadas de esta situación. Se podría pensar que el plazo ampliado de 20 días comienza a computarse desde el siguiente al de que se ha comunicado la resolución de sobreseimiento a la víctima. Craso error. Han de transcurrir cinco días desde la comunicación para entender que la misma ha sido efectuada válidamente y a partir de ese momento «desplegará todos sus efectos, iniciándose el cómputo del plazo de interposición del recurso» (arts. 636 y 779.1.1ª LECrim). Desde la perspectiva de los plazos, la posición de la víctima no personada está, sin duda, más que considerada[56].

Pero no acaban las incógnitas. Podemos preguntarnos qué ocurre si se interpone previamente el recurso de reforma. Este último es potestativo en el abreviado y preceptivo en el ordinario. Entendemos, en buena lógica, que la ampliación del plazo a los 20 días para la víctima no personada se limita a la primera personación, esto es, al primer recurso que se interponga. Si es el de reforma (preceptivamente en el ordinario), una vez resuelto éste, el plazo para interponer el de apelación, si se ha decidido hacerlo separadamente, será el ordinario, sin una nueva ampliación.

Por último, no se nos oculta que la interposición de un recurso por una víctima no personada en la causa revela, por un lado, la existencia de dificultades en la tarea de localización y comunicación del auto de sobreseimiento; y, por otro lado, las dudas acerca del *dies a quo* en el cómputo del plazo para recurrir. En relación con la primera cuestión, podemos imaginarnos las dificultades de localizar a la víctima en un país que no sea miembro de la Unión Europea, por poner un ejemplo. En relación con la segunda cuestión, y vinculada con la an-

---

55. Esta diferencia de trato respecto de la víctima personada y la que no, se ajustaría mejor al resto del contenido de los preceptos indicados, que parecen referirse al modo en que se llevará a cabo la comunicación del auto de sobreseimiento a una víctima ausente del proceso. Y también a lo dispuesto en el art. 7.1.II LEVD 4/2015, esto es, que si la víctima se hubiera personado formalmente en el procedimiento, las resoluciones serán notificadas a su procurador y serán comunicadas a la víctima en la dirección de correo electrónico que hubiera facilitado.

56. Entiende Gómez Colomer, J. L. que la víctima informada del proceso no precisa de tanto tiempo y que resulta probable que no quiera saber nada del mismo, *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, *op. cit.*, pp. 359-360. En el mismo sentido el Informe del CGPJ, de 31 de enero de 2014, en el que se añade que la ampliación no resulta equitativa en relación a las demás partes y perjudica al imputado.

terior, cabe preguntarse cuándo comienza el cómputo del plazo para recurrir y qué consecuencias tendrán las inevitables dificultades en la localización de la víctima y comunicación del auto de sobreseimiento.

El cómputo del plazo para recurrir, tanto en reforma como en apelación, comienza en el día siguiente a la notificación o a la última notificación de la resolución que se pretende recurrir (arts. 211, 212 y 766.3 LECrim). Pero, ¿y si se demora en exceso la localización de la víctima no personada?, ¿puede dejar de llevarse a efecto la resolución de sobreseimiento mientras tienen lugar la localización y la comunicación de la misma a la víctima?, ¿cuándo será de aplicación lo previsto en el art. 779.2 LECrim? En el procedimiento abreviado, los recursos de reforma y de apelación producen efectos suspensivos sólo cuando la ley lo prevea de forma expresa (art. 766.1 LECrim). Lo mismo cabe decir de la apelación en el ordinario (art. 217 LECrim). En el caso de los recursos frente al auto de sobreseimiento no se dispone legalmente tal efecto suspensivo. Estimamos, por consiguiente, que si interpuesto el recurso, éste no tiene efectos suspensivos, no se puede dejar de cumplir lo resuelto en el auto de sobreseimiento si existe una víctima no personada, ignorando si la misma será algún día localizada e ignorando igualmente si, una vez localizada, la víctima no personada puede tener algún interés en recurrir dicha resolución (en caso contrario podrían peligrar la libertad y otros derechos del investigado si estuviere sometido a prisión u otras medidas cautelares —art. 782.1 LECrim).

Para concluir con el tema de los plazos para recurrir, pero ahora en relación con el recurso de casación, entendemos que el plazo de 20 días a que se refiere el art. 636 LECrim es aplicable también sólo a la víctima no personada hasta ese momento y que la ampliación —frente al ordinario de 5 días— se refiere al plazo para preparar el recurso de casación, esto es, para presentar el escrito solicitando al Tribunal que haya dictado la resolución que emita testimonio de la misma (arts. 855 y 856 LECrim). Una vez concedida la ampliación de plazo mencionada, la interposición del recurso ante el Tribunal Supremo se hará, entendemos, en los términos ordinarios previstos en el art. 859 LECrim.

4.5.7. De la postulación para personarse

Aunque nada diga expresamente el legislador al respecto, entendemos que la víctima no personada hasta ese momento en la causa, pero que pretenda hacerlo para recurrir, debe cumplir con los requisitos generales de postulación. Esto es, deberá personarse defendido por abogado y representado por procurador (entre otros, arts. 221 y 856 LECrim). Si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 13.1 acerca de la posibilidad de recurrir determinadas resoluciones del JVP, se diferencia entre el anuncio de la intención de recurrir y la interposición del recurso. Dispone dicho precepto que para el mero anuncio de la presenta-

ción del recurso no es necesaria la asistencia de abogado. A *sensu* contrario, entendemos que si el legislador no ha formulado ninguna otra excepción expresamente, han de ser aplicados los requisitos generales mencionados[57].

Nos asalta la duda acerca de si la pretensión de la víctima de personarse para recurrir puede ser objeto de algún tipo de control judicial o si, por el contrario, la pretendida personación se acepta sin más trámite ante el silencio del legislador. Entendemos que existen algunas cuestiones susceptibles de control que pueden suponer la denegación de la personación. La condición de víctima del delito puede ser una de ellas o el respeto de los plazos mencionados, sin ir más lejos[58].

Si como consecuencia de la revocación de la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima, recae sentencia condenatoria del acusado y en la misma se contiene una condena al pago de las costas, aquélla tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas causadas con preferencia respecto de los gastos causados al Estado (art. 14 LEVD 4/2015).

4.6. El recurso por la víctima de determinadas resoluciones en la fase de ejecución

Sin duda una de las cuestiones más polémicas de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito es la posibilidad que se le concede a la víctima de participar en la fase procesal de ejecución. En el marco de dicha participación se legitima a la víctima, también en este supuesto sin que sea precisa la previa personación, para recurrir determinadas resoluciones del JVP. En concreto: a) el auto por el que, conforme a lo previsto en el art. 36.2.III CP el JVP autoriza la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera por una serie de delitos «graves» [art.

57. Esta era también la interpretación que hizo la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la FGE sobre los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor, para el caso de la participación del perjudicado en el proceso penal del menor conforme al art. 25 de dicha LO (sin posibilidad de hacerlo como parte acusadora en su redacción original). En dicha Circular se interpreta que al no formularse excepción expresa a la regla general de postulación (excepción que sí existe para la pieza separada de responsabilidad civil —art. 64.11ª—), «*hay que entender que el perjudicado no podrá personarse en la pieza principal si no está asistido de Abogado y representado por Procurador*».

58. El Anteproyecto de LECrim de 2011 al regular la impugnación del decreto de archivo del Ministerio Fiscal, legitimaba para ello a los «ofendidos y perjudicados que, a tal efecto, se personen como acusadores» (además de a los acusadores ya personados) y contemplaba un trámite judicial de resolución y, en su caso, de inadmisión de las personaciones planteadas (art. 499). La LO 5/2000 consideraba igualmente, en la redacción inicial del art. 25, la posibilidad de que el Fiscal denegara la personación del perjudicado en fase instructora, pudiendo éste reiterar su petición ante el Juzgado de Menores.

13.1.a)][59]; b) el auto por el que, conforme a lo previsto en el art. 78.3 CP, el JVP acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, por alguno de los delitos de la letra a) o por un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal; c) el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el art. 36.2.II CP o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a), siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión[60].

La novedad estriba en que la Disposición Adicional 5ª LOPJ, que regula el régimen de impugnación de las decisiones del JVP, legitima exclusivamente para interponer los recursos al MF y al interno o liberado condicional (ap. 9). Ahora, en los supuestos del art. 13 LEVD 4/2015, también está legitimada la víctima, aunque no se haya personado en la causa[61]. Esta intervención de la víctima en la fase de ejecución ha generado una viva polémica, no sólo durante su tramitación parlamentaria, sino con anterioridad en trámite de informes particularmente relevantes como el del CGPJ, en cuyo seno este punto, sólo éste, motivó el voto particular de 2 vocales al que se adhirieron otros 5. Tal como adelantábamos al inicio de este trabajo, esta posibilidad que se concede a la víctima por nuestro ordenamiento no tiene ningún fundamento en la Directiva 2012/29/UE, por lo que no incumpliría ninguna obligación el Estado español si no se hubiera concretado.

---

59. Delitos de homicidio; de aborto del art. 144 CP; de lesiones; contra la libertad; de tortura y contra la integridad moral; contra la libertad e indemnidad sexual; de robo cometido con violencia o intimidación; de terrorismo y de trata de seres humanos. En la Exposición de Motivos se anuncia que se trata de «delitos de carácter especialmente grave», aunque el hecho de enunciar los delitos por el bien jurídico afectado, en lugar de por el tipo concreto, nos hace dudar de tal circunstancia en determinados casos. Estas y otras críticas a este *numerus clausus* en Gómez Colomer, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, *op. cit.*, pp. 364-365.

60. Concluye Arangüena Fanego, C., que la potencialidad de estos supuestos es más aparente que real y que puede despertar falsas expectativas en las víctimas, «Participación de la víctima en la ejecución penal», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 218.

61. Las dos propuestas de reforma integral de la LECrim ya disponían la posibilidad de intervención de la víctima en la fase de ejecución. A tales efectos ambas propuestas diferencian claramente la existencia de partes necesarias en la ejecución, esto es, el MF y el condenado y, por otro lado, partes contingentes —acusadores particulares, populares, actores civiles— siempre, eso sí, que hubieran intervenido previamente como partes en el proceso en el que haya recaído la sentencia que se ejecuta (arts. 728 ALECrim 2011 y 638 ALECrim 2013). En cualquier caso, la consideración de parte en el proceso de ejecución no es automática, sino que requiere una solicitud escrita en tal sentido o un acto expreso de personación, siendo necesario un pronunciamiento judicial también expreso de admisión o denegación (arts. 730 ALECrim 2011 y 639 ALECrim 2013). Algunos autores apuntan a la posible pretensión de satisfacer algunas demandas de asociaciones de víctimas a raíz de la STEDH en el asunto Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013. *Vid.* Tinoco Pastrana, A., «La participación de asociaciones de víctimas…», *op. cit.*, p. 274; Arangüena Fanego, C., «Participación de la víctima en la ejecución…», *op. cit.*, p. 207.

El legislador justifica su decisión proclamando que «*el Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación*»[62]. Los argumentos a favor[63] y en contra[64] de la posibilidad mencionada surgidos al calor del debate merecen ser analizados en profundidad[65]. Insistimos en que no constituyen una novedad absoluta, en la medida en que los intentos de reforma integral de la LECrim (de 2011 y 2013) ya contemplaban la intervención de la víctima en la fase de ejecución. Lo cierto es que la orientación por la que ha optado el legislador choca con el modo en que nuestros tribunales, en concreto el TC, han interpretado la participación de los ofendidos o de la Administración penitenciaria en los procedimientos ante los JVP[66].

---

62. Opinión compartida por la mayoría de los vocales del CGPJ en su Informe de 31 de enero de 2014: «*No resulta cuestionable hoy en día que, aunque la ejecución de la pena corresponde al Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia —*(…)*— y en el proceso de ejecución son parte necesaria el condenado y el Ministerio Fiscal, ha de permitirse también la participación en él de la víctima —si bien solo respecto de los pronunciamientos de la sentencia que les afecten—*».

63. De Hoyos Sancho, M., *El ejercicio de la acción penal por las víctimas*, *op. cit.*, pp. 246-249. La misma autora en «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y su transposición al ordenamiento español», en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada*, *op. cit.*, pp. 446-454. Con carácter general, afirma Gómer Colomer, J. L., que la participación de la víctima en esta fase nos tenía que llegar, pues constituye una de las reivindicaciones más importantes de las asociaciones de víctimas en los EE.UU., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, *op. cit.*, p. 363. También Chozas Alonso, J. M., para contrarrestar la discrecionalidad del MF y la tendencia a abusar del principio de oportunidad, «El nuevo estatuto de la víctima del delito y el derecho a la participación en la ejecución de las condenas (art. 13 Levd)», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, *op. cit.*, pp. 263 y ss. Con anterioridad al reconocimiento de facultades impugnatorias a la víctima, indicaba Nistal Burón, J., que la ejecución es la fase más idónea para la satisfacción y atención de los intereses de las víctimas y hace un recorrido pormenorizado de las opciones de la normativa penal y penitenciaria, «El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objeto prioritario de la pena», *Diario La Ley*, número 7157, de 20 de abril de 2009, pp. 1-33. También Martín Ríos, M. P., *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 161 y ss.

64. Guixé Nogués, E., califica de excesiva la posibilidad de recurso aun reconociendo que la posibilidad podría tener sentido si la resolución pudiera afecta a la seguridad de la víctima, «Consideraciones sobre la participación…», *op. cit.*, pp. 215 y 217. *Vid.* también los argumentos recogidos en el voto particular suscrito por 7 vocales del CGPJ en su Informe de 3 de febrero de 2014; concluyen que la intervención de la víctima en la ejecución penitenciaria se ha de articular «*desde los parámetros restaurativos previstos en la Directiva y no desde objetivos retributivos*». Añadimos nosotros que podría resultar suficiente con el trámite de audiencia a la víctima previo a la adopción de las resoluciones recurribles prevista en el art. 13.3. Este trámite de audiencia no estaba previsto en la redacción inicial del Anteproyecto, ni en la redacción inicial del Proyecto de Ley remitido al Congreso, sino que fue añadida en el Texto del Proyecto de Ley remitido por el Congreso al Senado. En la propuesta de ALECrim 2011 la participación de los ofendidos y demás acusaciones consistía básicamente en ser oídos. La legitimación para recurrir las resoluciones se limitaba generalmente al MF y al penado (liquidación de condena, libertad condicional, aplazamiento del inicio del cumplimiento de la pena), salvo la fijación del límite máximo de cumplimiento, recurrible por todas las «partes» (arts. 736-739). En el ALECrim 2013 la situación es similar, aunque sí pueden todas las partes personadas recurrir las decisiones acordando la suspensión o sustitución de la pena (arts. 655 y 660), no así la que resuelve sobre la libertad condicional, sólo recurrible por el penado y el MF (art. 671).

65. Pero también merecerían atención desde esta perspectiva la nula consideración a la víctima (no parte acusadora) cuando se pacta a sus espaldas una sentencia de conformidad con una rebaja considerable de la pena a imponer. O la penosa situación de las víctimas en el caso de concesión de indultos a menudo escandalosos (el art. 24 de la Ley de 18 de junio de 1870, sobre el ejercicio de la Gracia de Indulto, prevé la audiencia a la parte agraviada). *Vid.* acerca de la primera cuestión Gómez Colomer, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, *op. cit.*, p. 242.

66. Los propios JVP han variado en sus criterios respecto de la intervención como partes de las víctimas. Si en un principio (1993) se mostraban partidarios de tal posibilidad, en reuniones posteriores (2000, 2004, 2005) han consi-

El supuesto contemplado en el ATC 373/1989, de 3 de julio, se refiere precisamente a una denegación a quien intervino como acusación particular para poder hacerlo también recurriendo determinadas resoluciones de la Audiencia Provincial (con petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la DA 5ª LOPJ). Se pronunció en este sentido nuestro TC: «*este segundo aspecto, el del cumplimiento, sus modalidades, incidencias y modificaciones escapa al interés de quien fue acusador particular en la causa de la cual deriva la pena, en la medida en que el derecho a castigar (ius puniendi) lo ostenta en exclusiva el Estado y, por lo tanto, es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo dicho castigo ha de cumplirse, siempre con respeto, claro está, al principio de legalidad, por lo que las decisiones que a tal fin se adopten no afectan en modo alguno a los derechos e intereses legítimos de quien en su día ejercitó la acusación particular*» (FJ 2)[67].

En cualquier caso, vamos a limitar nuestra tarea a un breve análisis acerca de las cuestiones que se plantean desde el punto de vista de la posibilidad de recurso por la víctima. La primera es la relativa a las dificultades inherentes a la notificación de las resoluciones mencionadas a una víctima no personada en la causa hasta ese momento. Nos remitimos a lo ya expuesto con motivo de la impugnación de las resoluciones que acuerdan el sobreseimiento. Pero, es más, incluso en el caso de que la víctima se haya personado previamente en la causa, no se evitarán por ello las disfuncionalidades a que se refiere el CGPJ en su Informe al Anteproyecto, considerando que los JVP no disponen de copia de las actuaciones penales. Hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, que las decisiones recurribles en ejecución se adoptarán transcurrido un tiempo considerable desde que ha recaído la sentencia condenatoria[68].

Las dificultades y las dilaciones derivadas de la comunicación de las resoluciones del JVP a la víctima, sobre todo en el caso de que no se haya personado previamente, tienen, en cualquier caso, otras derivaciones. Ya hemos visto anteriormente que, tratándose de recursos de reforma y de apelación contra autos de sobreseimiento, la ley no prevé expresamente efectos suspensivos. Por consiguiente, las dificultades en la localización de la víctima y el comienzo del

---

derado que la legitimación como parte en los procedimientos ante los JVP correspondía «exclusivamente» al MF y a los penados.

67. Igual pronunciamiento denegatorio, pero en este caso de la Administración penitenciaria, podemos hallar en la STC 129/1995, de 11 de septiembre. *Vid.* acerca de la interpretación de esta sentencia: Beltrán Catalá, D., «Ministerio Fiscal y la Administración penitenciaria como partes en el proceso ante la jurisdicción de vigilancia penitenciaria», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, número XXXIII, pp. 121-131. Sobre la legitimación de la Administración penitenciaria, también Mapelli Caffarena, B., «La judicialización penitenciaria un proceso inconcluso», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, número XXXIII, pp. 291-292.

68. Curiosamente no se recogen en este caso las limitaciones a las comunicaciones respecto de las víctimas indirectas que se prevén para el caso de la comunicación de las resoluciones de sobreseimiento en el art. 12.

cómputo del plazo para recurrir desde la notificación de la resolución a la misma no han de impedir que el sobreseimiento se lleve a efecto. Esto mismo ha de ser trasladable a los recursos en fase de ejecución.

Hay, sin embargo, un supuesto particularmente preocupante por la previsión expresa de efectos suspensivos. Los recursos previstos en el art. 13 LEVD 4/2015 pueden afectar muy directamente a las expectativas, más lejanas o inmediatas, de ser puesto en libertad o de disfrutar de permisos o beneficios que permitan beneficiarse de la misma. Pues, bien la Disposición Adicional 5ª. 5 LOPJ dispone que cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, «*siempre que se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se ha pronunciado sobre la suspensión*». Pese a que el mismo precepto prevea que la tramitación de los recursos en estos casos se haga «*con carácter preferente y urgente*», no se nos oculta el perjuicio que las dificultades en la localización de la víctima pudiera ocasionar a la libertad del penado[69].

Al hilo de lo anterior, nos encontramos nuevamente con que se amplían también los plazos para recurrir en beneficio de la víctima. En concreto se prevé que la víctima dispondrá de un plazo de cinco días para «*anunciar al Secretario Judicial competente (hoy LAJ) su voluntad de recurrir*». El cómputo de este plazo comienza desde que tiene lugar la notificación. A este anuncio ha de seguir la interposición del recurso, que ha de tener lugar en los quince días siguientes a la «notificación»[70]. Estas ampliaciones, entendemos que sólo aplicables a las víctimas no personadas en la causa, pueden agravar la situación del penado cuando el recurso suspenda la puesta en libertad (o disfrute de permisos). Pero lo cierto es que, en este caso, está más justificada que en el del sobreseimiento la ampliación atendiendo a que las resoluciones pueden haber recaído mucho tiempo después de la sentencia condenatoria.

---

69. Ello podría contravenir lo previsto en el considerando (12) de la Directiva 2012/29/UE, esto es, que los derechos establecidos en la misma «*se han de entender sin perjuicio de los derechos del infractor*», considerando como tales a la persona condenada o a los sospechosos y a los inculpados, antes del reconocimiento de la culpabilidad o del pronunciamiento de la condena. El art. 734.1 ALECrim 2011 dispone que la interposición del recurso no suspenderá el curso de la ejecución. GÓMEZ COLOMER, J. L., destaca esta cuestión y afirma que el reconocimiento de los derechos de las víctimas no puede ser a costa de los derechos constitucionales del acusado, *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, *op. cit.*, p. 415.

70. La redacción del precepto permite interpretar que el cómputo, tanto de los cinco días para anunciar el recurso, como de los quince para interponerlo, comienza el mismo *dies a quo*, esto es, desde que tiene lugar la notificación de la resolución. Lo que consagraría el absurdo de que la víctima dispone de veinte días para recurrir en apelación y en casación el auto de sobreseimiento, pero quince para recurrir las resoluciones del JVP. Si el plazo subsiguiente para interponer el recurso comenzara una vez realizado el anuncio, podrían equipararse todos los plazos (veinte días).

Por último, nos queda referirnos a la necesaria postulación para personarse y recurrir. Hemos mantenido, en relación con el recurso del auto de sobreseimiento, que el silencio legal al respecto ha de interpretarse a favor de la aplicación de las reglas generales, esto es, la asistencia mediante abogado y la representación mediante procurador. El Anteproyecto de Ley aprobado por el Ministerio de Justicia sí contenía una previsión expresa al respecto, pero para excluir la necesidad de asistencia de abogado («*para la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de Abogado*»). De ser aprobada, esta propuesta consagraría un desequilibrio respecto del penado, pues a él sí le resulta exigible la necesaria asistencia de letrado para recurrir en apelación —no en cambio la representación mediante procurador, pues para aquélla estaría legalmente habilitado el letrado si no designa procurador— (DA 5ª. 9 LOPJ). Afortunadamente, el legislador ha atendido las objeciones que le fueron planteadas al respecto y ha corregido la no necesaria asistencia de abogado, limitándola al anuncio de la presentación del recurso ante el Secretario Judicial[71].

5. Bibliografía

Alcácer Guirao, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Álvarez Sánchez de Movellán, P., «Caracterización de la apelación penal y valoración de la prueba en segunda instancia», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Arangüena Fanego, C., «Participación de la víctima en la ejecución penal», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Armenta Deu, T., «El derecho del menor víctima a constituirse en parte en el proceso de menores», en Armenta Deu, T. y Oromí Vall-Llovera, S. (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010.

Armenta Deu, T., «La víctima como excusa: su posición en los sistemas procesales en relación con el ejercicio exclusivo de la acción penal y el procedimiento de menores», en Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S. y Calderón Cuadrado, P. (Coords.), *El Derecho Procesal español del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Banacloche Palao, J., «Todas las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia son revisables en todas las jurisdicciones. La inevitable extensión de la STC 58/2016, de 17 de marzo», *Diario La Ley*, número 8779, 9 de junio de 2016.

---

71. Según el Informe del CGPJ al Anteproyecto, de 31 de enero de 2014, «*su actuación debe encauzarse a través de su personación como parte, con abogado y procurador que le asistan, a fin de lograr una adecuada ordenación del procedimiento y facilitar la articulación, en derecho, de sus peticiones e impugnaciones*». *Vid.* igualmente las críticas de Gómez Colomer, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, *op. cit.*, pp. 366-367. El art. 729.1 ALECrim 2011 impone a las partes en el procedimiento de ejecución la representación mediante procurador y la asistencia de abogado. Entiende también De Hoyos Sancho, M., que la interposición del recurso precisa de asistencia de abogado, «Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015», *Diario La Ley*, número 8689, de 26 de enero de 2016, p. 4.

BELLIDO PENADÉS, R., «Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Diario La Ley*, número 8618, de 5 de octubre de 2015.

BELTRÁN CATALÁ, D., «Ministerio Fiscal y la Administración penitenciaria como partes en el proceso ante la jurisdicción de vigilancia penitenciaria», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, número XXXIII.

BLANCO GARCÍA, F., «El nuevo régimen de recursos en el proceso penal», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., «La participación de la víctima en el proceso penal y el acceso a los servicios de justicia restaurativa», en RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CHOZAS ALONSO, J. M., «El nuevo estatuto de la víctima del delito y el derecho a la participación en la ejecución de las condenas (art. 13 Levd)», en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE HOYOS SANCHO, M., *El ejercicio de la acción penal por las víctimas. Un estudio comparado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE HOYOS SANCHO, M., «Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015», *Diario La Ley*, número 8689, de 26 de enero de 2016.

DE LUIS GARCÍA, E., «La condena *ex novo* en el proceso penal: pasado, presente y futuro», *Revista General de Derecho Procesal*, número 41, 2017.

ESCALADA LÓPEZ, M. L., «Doble instancia e inmediación: ¿Un problema resuelto?», en MORENO CATENA, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «Los recursos (I)», en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

GUIXÉ NOGUÉS, E., «Consideraciones sobre la participación de la víctima del delito en el proceso penal», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016.

LARA LÓPEZ, A. M., *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia», *Diario La Ley*, número 8907, de 24 de enero de 2017.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, número 8351, de 10 de julio de 2014.

MAPELLI CAFFARENA, B., «La judicialización penitenciaria un proceso inconcluso», *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XXXIII, 1995.

MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012.

MARTÍNEZ GUERRERO, A., «Comentario de la STC de 17 de marzo de 2016 a propósito de la revisión de las resoluciones procesales de los Letrados de la Administración de Justicia», *Diario La Ley*, número 8790, 24 de junio de 2016.

Martínez Arrieta, A. y Encinar Del Pozo, M. A., *El recurso de casación y de revisión penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Montero Aroca, J., *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberria Guridi, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Moreno Catena, V., «El recurso de apelación y la doble instancia penal», *Estudios de Derecho Judicial*, número 149, 2007.

Nistal Burón, J., «El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objeto prioritario de la pena», *Diario La Ley*, número 7157, de 20 de abril de 2009.

Ordeñana Gezuraga, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español*, IVAP, Oñati (Gipuzkoa), 2014.

Ordeñana Gezuraga, I., «¿Un pasito para adelante otro para atrás? O sobre la agridulce evolución en la protección de la víctima en la Unión Europea», en Gómer Colomer, J. L. (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, volumen II, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015.

Pérez Rivas, N., «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al Derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, número 41, 2017.

Planchadell Gargallo, A., «La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Planchadell Gargallo, A., «La regulación de la situación de la víctima: ¿Maremágnum legislativo?», en Gómer Colomer, J. L. (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada*, *Homenaje al Dr César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, volumen II, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015.

Romero Pradas, M. I., «El acusador particular y popular en el borrador de Código procesal penal español: ejercicio de la acción y juicio sobre la acusación», en Moreno Catena, V. (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Sanchez Romero, R., *La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid, 2017.

Sanjurjo Ríos, E. I., «La instauración general de la segunda instancia penal y sus consecuencias procesales», en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Tamarit Sumalla, J., «La política europea sobre las víctimas de delitos», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Tapia Fernández, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, Civitas, Madrid, 2011.

Tinoco Pastrana, A., «La participación de las asociaciones de víctimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo estatuto de la víctima del delito, por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE», *Cuadernos de Política Criminal*, número 115, I, mayo 2015.

Tomé García, J. A., *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2013.

Dispensa del deber de declarar, testigo-víctima y violencia de género: una ecuación difícil de resolver

Marcos Loredo Colunga
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

1. Planteamiento

En nuestra cultura jurídica, la dispensa del deber de declarar como testigo contra parientes es una institución de muy larga tradición. Sus orígenes se remontan al menos hasta el Derecho romano clásico[1] y, desde entonces, ha sido una referencia constante en nuestro Derecho histórico[2], concebido como una prerrogativa que se reconoce a los familiares más próximos del sujeto pasivo del proceso penal. A principios del siglo XIX se pretendió incluso establecer una prohibición al respecto[3], pero de *lege data* el parentesco se ha configurado siempre como una dispensa y no como un impedimento, excepcionando el deber de colaboración con la Administración de Justicia en tales supuestos, pero no impidiéndolo[4].

En ese estado de cosas, esta institución se contempla de forma exclusiva en el marco de la legislación procesal penal y no encontrará acomodo en nuestra historia constitucional hasta 1978, cuando se incorpora una previsión específica en los trabajos preparatorios de la CE. Con todo, nada decía al respecto el Proyecto de Constitución que llegó a las Cortes Constituyentes, de manera que

1. En el Digesto 22.5.4 se recoge una referencia a la *Lex Iulia Iudiciorum Publicorum* en la que se alude a los distintos familiares exentos de la obligación de declarar.

2. Sirva como muestra la Ley XI, Título 16, de la Partida Tercera, en la que se contempla la dispensa en relación con los parientes en línea recta y en línea colateral hasta cuarto grado.

3. Así en los Proyectos de Código Criminal de 1821 (art. 57) y de 1829 (art. 414).

4. Tal y como se recoge en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1873 (art. 311), en la Compilación General de Disposiciones Vigentes sobre Enjuiciamiento Criminal de 1879 (art. 573) y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (art. 416.1), texto actualmente vigente en una versión parcialmente modificada.

la primera referencia al respecto se encuentra en el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado.

En ese momento de la tramitación se propone la incorporación al art. 24.2 CE de un nuevo párrafo[5] que recogiera, en esencia, lo previsto al efecto en el art. 416.1 LECrim[6], normativa aplicable hasta el momento. Tal propuesta fue aprobada por el Pleno del Senado[7], pero en la tramitación final del texto se mutiló en cierta medida, modificándose la redacción original para eliminar la referencia a los parientes concretos. Así, la versión definitiva recoge únicamente la mención del parentesco como motivo de dispensa, derivando al legislador ordinario la determinación de los supuestos concretos y, en su caso, el establecimiento de los eventuales límites[8].

El resultado fue la incorporación del reconocimiento de este derecho al texto constitucional, incluyendo —además— esta referencia entre los derechos fundamentales; consideración absolutamente novedosa tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado y que le aporta una especial protección más allá de resultar susceptible de ser invocado en un recurso de amparo[9]. De todas formas, no olvidemos que se trata de un derecho fundamental de configuración legal, luego requiere desarrollo y concreción por el legislador ordinario, sin perjuicio de que deba respetar para ello el contenido esencial que su inclusión expresa en la CE supone.

Esta nueva concepción entronca con la también constitucionalizada obligación genérica de todo ciudadano de colaborar con la Administración de Justicia que establece el art. 118 CE[10]. En lo que ahora interesa, manifestación concreta de dicho deber de cooperación es la obligación de comparecer y declarar como testigo en las causas penales, diciendo la verdad, siempre y cuando el requeri-

---

5. «*Nadie estará obligado a declarar un hecho que pueda causar perjuicio a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos* (…)» (BOCG número 157, de 6 de octubre de 1978, p. 3419).

6. «*Están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil* (…)».

7. BOCG número 161, de 13 de octubre de 1978, pp. 3561-3562.

8. Art. 24.2 CE: «(…) *La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*».

9. *Cfr.* Rodríguez Lainz, J. L., «En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de parientes», *Revista de Derecho de Familia*, número 46, 2010, p. 28. Una perspectiva más amplia del tratamiento de la cuestión en el Derecho comparado puede verse en Martínez Mora, G., «La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2176, 2015, pp. 15 y ss.

10. «*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*». Idéntica regla general se contempla igualmente en el art. 17.1 LOPJ, que incluye también la referencia a las posibles excepciones que eventualmente se contemplen.

miento al efecto se haya realizado con las formalidades debidas (arts. 410 y 707 LECrim). De forma complementaria, para asegurar el debido respeto a tal llamamiento se articulan mecanismos coercitivos como la imposición de multas (arts. 410 y 661 LECrim) o la tipificación de los delitos de desobediencia y de obstrucción a la Justicia (arts. 556.1 y 463.1 CP, respectivamente). En este punto, hay que tener en cuenta que el propio párrafo segundo del art. 24.2 CE contempla una de las posibles excepciones, ya que prevé expresamente la exención de ese deber de declarar como testigo por motivos de parentesco, si bien remite al legislador ordinario para que determine los concretos supuestos y condiciones.

Huelga decir que, pese al mandato constitucional, no hubo un abordaje específico de esta materia tras la entrada en vigor de la CE. Muy al contrario, se mantuvo durante años inalterada la redacción original del art. 416.1 LECrim y ello pese a la existencia de dos aspectos fuertemente criticables desde esta perspectiva: en primer lugar, la evidente necesidad de que dicho desarrollo se llevara a cabo por medio de LO[11]; y, por otra parte, la posible contravención del principio de igualdad derivada del distinto tratamiento que se dispensaba a los parientes naturales según fueran de línea paterna o materna[12].

Con todo, la cuestión del rango normativo sigue pendiente y la dicción preconstitucional no se alteró hasta 2009, momento en que se introdujeron algunos cambios formales y terminológicos que no incidieron sin embargo de manera relevante en su contenido. Estas modificaciones pueden resumirse en los siguientes puntos: la equiparación expresa de las parejas de hecho a los matrimonios[13]; la sustitución del término «lateral» por «colateral»[14]; la supresión parcial de la referencia al parentesco natural[15]; y la atribución al secretario[16] de la consignación de la respuesta dada a la instrucción sobre la dispensa. En relación con el tema que nos ocupa, ésta constituye la versión actualmente vigente: «*Están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona*

11. Se trata de un derecho específico al que el legislador constitucional dio un tratamiento singular y la STC 101/1991, de 13 de mayo, en consonancia con lo previsto en el art. 81.1 CE, establece la necesidad de que el desarrollo de los derechos fundamentales se lleve a cabo por LO y, en concreto, que se regulen con este rango los eventuales límites al ejercicio del mismo.

12. En cualquier caso, se llegaron a plantear cuatro cuestiones de inconstitucionalidad, pero todas ellas fueron inadmitidas por motivos de forma. *Vid.* los AATC 208/2005, de 10 de mayo; 333/2005, de 13 de septiembre; 9/2006, de 17 de enero; y 187/2006, de 6 de junio.

13. Si bien la jurisprudencia ya había refrendado dicha equiparación. *Vid.* los AATC 9/2006, de 17 de enero y 187/2006, de 6 de junio.

14. Más acorde con la terminología actual.

15. Aunque se mantiene la referencia a los llamados hijos naturales.

16. Letrado de la Administración de Justicia en la nomenclatura actual.

unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261 (…)».

Sin embargo, esta redacción es cuestionada por muy distintos operadores para los que no resulta en absoluto satisfactoria en relación con la violencia de género, ya que el ejercicio de esta dispensa por las mujeres víctimas genera en ocasiones el efecto no querido del archivo por sobreseimiento o la simple absolución, dificultando la persecución de este tipo de delitos. Ese resultado se considera una distorsión derivada de las particularidades de la violencia de género, por ser una tipología delictiva que se comete de ordinario en la intimidad de la pareja. Siendo esto así, la prueba existente al respecto resulta en ocasiones muy limitada y se reduce a la propia declaración de la víctima, de manera que su negativa a prestar un testimonio inculpatorio puede provocar fácilmente la retirada de la acusación[17] o impedir la condena efectiva por falta de prueba de los hechos[18].

De modo que tal desenlace es visto como un fracaso en la lucha contra la violencia de género, cuestión de la que han hecho bandera los poderes públicos hasta el punto de atribuirle un carácter público que se traduce en la adopción de medidas fuertemente restrictivas de la autonomía de las víctimas: persecución de oficio, obligación de denunciar, preceptiva judicialización para acceder a la protección y a los distintos derechos, imposibilidad de retracto o retirada de denuncia e imposición de medidas cautelares o condenas no deseadas, como pueden ser las órdenes de alejamiento o la prohibición de comunicación. Todo ello pone de manifiesto el carácter eminentemente paternalista del sistema de protección, que gravita en buena medida sobre la intervención penal y que tiende cada vez más a obviar la voluntad y deseos de las víctimas, privándolas de su natural capacidad de elección y decisión en los asuntos que les afectan directamente.

En consonancia con este planteamiento, el uso que de esa prerrogativa realizan algunas de estas mujeres para no testificar es visto desde distintos sectores

---

17. De acuerdo con la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2016, resulta porcentualmente elevado el número de casos en que el fiscal retira la acusación por haberse acogido a la dispensa la víctima (algo más del 47% de los supuestos), pero no lo es tanto desde un punto de vista cuantitativo, ya que son sólo 46 casos en un conjunto de miles de procesos. La citada Memoria puede consultarse en el siguiente enlace: www.fiscal.es/memorias/memoria2016/Inicio.html (última consulta: 30 de septiembre de 2017).

18. A estos efectos, hay que tener en cuenta que la declaración de la víctima se considera prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en este tipo de delitos siempre que cumpla con una serie de requisitos fijados jurisprudencialmente y que se pueden resumir en tres premisas: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación. Por el contrario, la prueba pericial médica puede acreditar el daño, pero no el origen, y los testigos de referencia no son suficientes para condenar sin la concurrencia de otras pruebas. *Vid.* por todas la STS 238/2011, de 21 de marzo.

como una evidente tergiversación de un derecho —un abuso, un fraude— y, por tanto, que hay que evitar, y de ahí la imposición de interpretaciones jurisprudenciales netamente restrictivas y la proliferación de propuestas de *lege ferenda* orientadas a la exclusión o, al menos, a la limitación significativa de la misma por vía de la modificación del art. 416.1 LECrim[19].

Una visión panorámica de las diferentes posibilidades manejadas pone de manifiesto que la opción más radical consiste en la exclusión expresa de las víctimas de violencia de género del elenco de parientes favorecidos por esta prerrogativa, sin ninguna excepción[20]. Otras alternativas inciden en la necesidad de limitar la dispensa en atención a la posición de la mujer en el curso del proceso, de manera que no pueda hacer valer este derecho cuando haya denunciado los hechos[21] o, al menos, si se ha constituido como acusación particular y aunque renuncie a dicha posición en el plenario[22]. En esta línea, también se apuntó en algún momento la posible exigencia de una actitud coherente al respecto, de manera que si no se hace uso de la dispensa en la fase de instrucción, no se pueda invocar en un momento procesal posterior[23].

Desde otra perspectiva, existen posturas más centradas en el aspecto temporal, de manera que propugnan la restricción de esta suerte de privilegio únicamente al cónyuge o conviviente no separado legalmente o de hecho[24], salvo que la declaración verse sobre hechos acaecidos durante el matrimonio o la convivencia[25].

---

19. Con mayor amplitud, *vid.* Sánchez Alfonso, J. C., «La dispensa de la obligación de declarar como testigo de la víctima-denunciante en los delitos de violencia género. Una perspectiva para la reforma del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, número 8778, 2016 y Martínez Mora, G., «La difícil protección… *op. cit.*, pp. 13-14.

20. Posición defendida por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ en su informe de 2006 y reiterado en 2011. Dicho informe puede consultarse en el siguiente enlace: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Informe-del-Grupo-de-Expertos-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-1-2004— (última consulta: 30 de septiembre de 2017).

21. Así se planteó en la Enmienda número 214 del Grupo Parlamentario Socialista a la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectivas entre hombres y mujeres. En el mismo sentido, se vienen manifestando desde 2006 los Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer en sus diversos seminarios celebrados desde entonces. En el art. 370.1 del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2012 también se contemplaba dicha exclusión. En cualquier caso, veremos que esta interpretación es mantenida por la Sala Segunda del TS, especialmente desde su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24 de abril de 2013.

22. Otra de las orientaciones del citado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS.

23. Así se contemplaba en el art. 570.2 del Anteproyecto de LECrim presentado por el Ministerio de Justicia en 2011, texto accesible en: www.sisej.com/documentos/doc_download/2267-anteproyecto-lecrim-2011 *(última consulta: 30 de septiembre de 2017).*

24. Reivindicación igualmente defendida por los Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer.

25. Posición defendida por el TS en el reiterado Acuerdo.

En última instancia, se aboga por una vía subsidiaria que permita mantener la literalidad del art. 416.1 LECrim en los términos actuales pero neutralizando sus efectos negativos, de manera que, cuando la dispensa se haga valer de forma sorpresiva en el juicio oral, se permita la incorporación de las eventuales declaraciones incriminatorias prestadas con las debidas garantías durante la fase de instrucción y que tal testimonio pueda operar como prueba de cargo a todos los efectos[26].

En este estado de cosas, la supresión de la dispensa respecto de las mujeres víctimas de violencia de género se incluyó en la proposición no de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el pasado 15 de noviembre de 2016[27] y las distintas opciones han sido defendidas por una buena parte de los expertos que han comparecido ante la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género[28]. Sin embargo, el informe presentado finalmente no incorporaba ninguna modificación expresa y, pese a la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista al respecto[29], el texto aprobado se limita a recoger de forma genérica la conveniencia de modificar su redacción para evitar la impunidad de los agresores, pero no contempla ninguna de las posibilidades apuntadas[30].

Por otra parte, y en el mismo sentido, resulta igualmente llamativo que, pese a la posición manifestada de forma reiterada por los fiscales especializados en violencia sobre la mujer, la Memoria de la Fiscalía General del Estado corres-

---

26. Propuesta subsidiaria tanto de los Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer y del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ y ya apuntada por Castillejo Manzanares, R. y Serrano Masip, M., «Denuncia y dispensa del deber de declarar», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, p. 579.

27. BOCG número 56, serie D, de 23 de noviembre de 2016, p. 22, apartado 15.

28. La propuesta mayoritaria fue la de eliminar la dispensa respecto de la mujer víctima, defendida, entre otros, por Ángeles Carmona Vergara (Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ), Flor de Torres Porras (Fiscal Delegada de Andalucía de Violencia contra la Mujer y contra la Discriminación Sexual y de Género); Ana Maria Pérez del Campo Noriega (Presidenta de la Federación de Asociaciones de Separadas y Divorciadas), Teresa San Segundo Manuel (profesora de Derecho civil de la UNED y Directora del Centro de Estudios de Género), Paloma Marín López (exsecretaria Técnica del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ), Yolanda Besteiro de la Fuente (Presidenta de la Federación de Mujeres Progresistas), Elena Sánchez Benítez (Vicepresidenta Segunda del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres) o María Gavilán Rubio (Jueza y profesora de Derecho penal); (BOCG Serie D, número 99, de 3 de agosto de 2017, pp. 3 y ss).

29. Que propone la exclusión de la dispensa respecto de las mujeres víctimas de violencia de género o, alternativamente, limitarla al cónyuge no separado legalmente o de hecho o personas que conviva efectivamente en momento de prestar declaración. En última instancia, aboga por permitir la incorporación de las declaraciones sumariales realizadas con garantías en caso de negativa a declarar en el plenario (Voto particular número 18, BOCG Serie D, número 99, de 3 de agosto de 2017, p. 149).

30. Apartado 3. Perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas. Subapartado 3.1. Justicia. Punto 117: «*Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas*» (BOCG Serie D, núm 99, de 3 de agosto de 2017, p 131).

pondiente al año 2016 y presentada recientemente, incluya la propuesta de modificación del art. 416 LECrim pero sólo en relación con las víctimas menores de edad y la posibilidad de acogerse a la dispensa y no introduzca ninguna previsión específica relativa a los supuestos de violencia de género[31].

Así las cosas, más que entrar a valorar de forma crítica las distintas opciones existentes, me parece más oportuno realizar una serie de consideraciones de manera que este trabajo coadyuve a la reflexión sobre cuál puede ser la regulación más adecuada de la materia[32].

2. Conclusiones

2.1. Previa

Aun reconociendo la importancia de la represión de las conductas delictivas, la lucha contra la violencia de género no puede poner el foco exclusivamente en la intervención penal. Sin olvidad el papel fundamental de la educación y de la prevención en general, la reacción institucional ante esta problemática debe incidir en las necesidades y carencias de los distintos sujetos directamente implicados: las víctimas y los victimarios. En este sentido, los esfuerzos de los poderes públicos deben orientarse tanto hacia la protección, asistencia y apoyo de las mujeres agredidas, como a la reinserción y reeducación del agresor, pues sólo recuperando a todos los individuos involucrados podremos restaurar la paz social y familiar rotas.

2.2. Necesidad de la reforma

Incrementar el número de sentencias condenatorias no puede ser el criterio inspirador de una reforma legislativa y menos aun cuando pretende incidir en instituciones procesales con trascendencia constitucional. Como su propia denominación indica, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, aspira a articular un sistema de «protección integral» de las víctimas de violencia de género en el confluyen medidas de muy distinta naturaleza y que hasta el momento no se han implementado. La conclusión es clara: antes de modificar la normativa vigente, asegurémonos de que se cumplen las disposiciones que ya existen en nuestro ordenamiento. En cualquier caso, la exención del deber de declarar

31. www.fiscal.es/memorias/memoria2016/Inicio.html (última consulta: 30 de septiembre de 2017).

32. Para una visión más completa del desarrollo jurisprudencial de esta dispensa puede verse Marí Farinós, E., «Análisis jurisprudencial del derecho a no declarar en el proceso penal en el ámbito de la violencia de género», *Diario La Ley*, número 8891, 2016.

como testigo en contra de parientes no puede verse como un obstáculo para lograr un objetivo de política criminal que puede alcanzarse por otras vías.

2.3. Enfoque de la problemática

El camino a seguir no pasa por la supresión o limitación de la dispensa, sino por garantizar los debidos apoyos, la asistencia y asesoramiento necesarios, así como la protección e información adecuadas a las víctimas para que la decisión al respecto se adopte de forma voluntaria, libre, consciente e informada. Forzar la declaración no garantiza el éxito, la colaboración no se impone y la negativa o la mentira seguirán apareciendo como opciones para una mujer que no confía en el sistema. Sólo cuando esas víctimas vean en la denuncia y en el proceso penal una salida a su situación, decidirán voluntariamente cooperar y testificar, porque la condena será también su objetivo.

2.4. Papel de la víctima en el proceso

Sin perjuicio de la posibilidad de constituirse como parte acusadora, la intervención personal de la víctima en el proceso se traduce casi exclusivamente en su eventual comparecencia en calidad de testigo; luego sus deberes procesales no derivan de su estatuto específico, sino de la obligación general de colaborar con la Administración de Justicia ex art. 118 CE. Así las cosas, la distinción entre testigos y víctimas no resulta relevante a estos efectos y podría cuestionarse la constitucionalidad de una regulación que atribuyera un distinto tratamiento a unos y otras sobre esa base[33].

2.5. ¿Un tratamiento específico para las víctimas de violencia de género?

La violencia de género constituye una tipología delictual muy particular y, obviamente, presenta importantes singularidades en cuanto a los sujetos activo y pasivo, el *modus operandi* y el *animus* subyacente a tales conductas. Aun siendo esto así, no se justifica un tratamiento específico para estas víctimas en relación con el derecho a no declarar como testigos, sino que la regulación al respecto debe abordarse desde una perspectiva general y común para las víc-

33. Así puede deducirse de la doctrina constitucional. *Vid.* el ATC 187/2006, de 6 de junio y la STC 94/2010, de 15 de noviembre.

timas de los distintos delitos[34]. Esta afirmación puede justificarse con un sencillo interrogante: ¿por qué privar de la dispensa a la mujer agredida por su marido y no a la hija que sufre abusos sexuales por parte de su padre?

2.6. ¿El mismo tratamiento para todas las víctimas de violencia de género?

Entre la doctrina, encuentra cada vez mayor acogida el argumento de que la dispensa carece de fundamento respecto de las víctimas de violencia de género, ya que la agresión rompe los lazos familiares y quiebra la solidaridad entre sus miembros. Así, se niega la existencia de conflicto moral en estos casos y se considera que la mujer se acoge a la dispensa por motivos espurios: temor a represalias, a nuevas agresiones o a ser abandonada; esperanza de cambio por parte del agresor; o incluso responsabilización por la ruptura familiar[35]. A partir de tales premisas, se concluye fácilmente justificando la supresión de la dispensa como forma de proteger a víctimas especialmente vulnerables. Aun reconociendo que esta argumentación pueda ser válida en algunos casos, no puede admitirse ese tratamiento uniforme que incurriría en el error de considerar a estas víctimas, a todas ellas, una suerte de incapaces que no pueden gestionar los asuntos que les conciernen y que, por tanto, está inhabilitadas para adoptar decisiones relevantes, debiendo suplirse esa falta de capacidad impidiéndoles elegir[36].

2.7. Una respuesta individualizada y personalizada

El legislador estableció como principio rector de la intervención institucional frente a la violencia de género la garantía de una respuesta personalizada, sobre la base de que cada víctima se encuentra en una situación absolutamente particular, con una problemática específica y con unas necesidades propias que deben ser satisfechas por el sistema en la medida de lo posible[37]. En consonancia con este planteamiento, no puede admitirse una respuesta única

---

34. Comparto, por tanto, la opinión expresada por CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M., «Denuncia y dispensa… *op. cit.*, pp. 574-575.

35. En este sentido VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», *InDret*, número 4, 2012, p. 6.

36. Así se expresa la STS 319/2009, de 23 de marzo. *Vid.* también en este sentido LOZANO EIROA, M., «Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género», *Revista General de Derecho Procesal*, número 31, 2013, p. 8.

37. Art. 2.k LO 1/2004. Principios rectores: «*Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género*».

y común sino un tratamiento diferenciado[38], también en relación con la dispensa, de manera que si el tribunal sospecha que la mujer pueda estar amenazada, debe esclarecer esa circunstancia y podría no quedar vinculado por la decisión manifestada por la víctima[39].

2.8. Sobre la posibilidad de restringir el ámbito de la dispensa

Parece razonable pensar que el legislador constituyente quería amparar a los parientes incluidos en la redacción del art. 416.1 LECrim, pero resulta que rechazó expresamente la incorporación de dicha relación al texto constitucional, pese a ser propuesta en el Senado. En consecuencia, optó por dejar libertad al legislador ordinario al respecto, siempre sin perjuicio de la necesidad de respetar el núcleo esencial del derecho en su desarrollo[40]. En este sentido, no parece que pueda excluirse esta prerrogativa de forma absoluta respecto del cónyuge o pareja de hecho mientras subsista la relación afectiva, ya que se presume la existencia de un vínculo sentimental adquirido e intenso y digno de protección. Con todo, ello no obsta a que se fijen limitaciones en atención a la actitud procesal y al momento en que se pretenda ejercitar el derecho a la dispensa[41].

2.9. La exclusión de la dispensa para la denunciante

El porcentaje de mujeres denunciantes que se acogen al derecho a no declarar contra parientes en supuestos de violencia de género se situó en el año 2016 en el 11"99% y sigue una tendencia descendente en los últimos años[42]. Estos casos no constituyen, por tanto, el aspecto principal del problema. Paralelamente, la jurisprudencia ha terminado confirmando que no se requiere instrucción al respecto de esta dispensa en el caso de denuncia espontánea[43], si bien

---

38. Siguiendo a GIL VALLEJO, B., «A vueltas con el artículo 416 LECrim. Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del artículo 416 LECrim por las víctimas de violencia de género», *Diario La Ley*, número 8764, 2016.

39. *Vid.* en este sentido la STS 459/2010, de 14 de mayo.

40. *Cfr.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 384.

41. *Cfr.* RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar contra el agresor?», *Diario La Ley*, número 9014, 2017, p. 5, con cita de jurisprudencia constitucional y del TEDH.

42. Pueden consultarse al respecto los datos estadísticos que ofrece el CGPJ en el siguiente enlace: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/?filtroAnio=2016 (última visita: 30 de septiembre de 2017).

43. Así lo recogía la STS 662/2001, de 6 de abril, especialmente cuando era la víctima quien denunciaba. Sin embargo, en algún momento puntual sí se afirmó la necesidad de informar también en estos casos (STS 385/2007, de

ello no puede interpretarse como una renuncia tácita a dicha prerrogativa, que se mantiene activa en las declaraciones posteriores de la denunciante como testigo[44]. Comparto esta interpretación, sin perjuicio de que, por seguridad jurídica, convendría una referencia expresa en la normativa aplicable.

2.10. La exclusión de la dispensa para la acusación particular

A partir del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013 al respecto, la jurisprudencia ha mantenido la exclusión de la dispensa respecto de la víctima personada como acusación particular, incluso aunque renuncie a dicha condición en el juicio oral. El legislador podría dar carta de naturaleza a esta práctica y nada habría que objetar, ya que resulta incoherente acusar y no sostener dicha acusación con los medios de prueba de que se cuente (singularmente, la declaración de la víctima). En cualquier caso, es importante una adecuada información de la víctima antes de proceder a esta personación para garantizar que asume las consecuencias de su actuación procesal.

2.11. La vinculación de la dispensa a la subsistencia del matrimonio o la convivencia efectiva

El derecho a no declarar se ampara en el hecho de ser el testigo cónyuge o pareja de hecho del investigado o acusado. *Sensu contrario,* finalizado el matrimonio o rota la unión de hecho, no concurre el presupuesto habilitante y la excusa decaería. En este punto, comparto que se imponga una interpretación flexible, de manera que la mera separación de hecho implique ruptura de la relación a estos efectos[45]. Esto determina la imposibilidad de invocar esta prerrogativa respecto de hechos ocurridos con posterioridad al fin de la relación, si bien cuando se llame a declarar al excónyuge o expareja, pero en relación con sucesos acaecidos con anterioridad, hay que atender a las circunstan-

---

10 de mayo), pero esta interpretación fue matizándose hasta excluir ese supuesto cuando hay denuncia espontánea. Por todas, las SSTS 160/2010, de 5 de marzo y 270/2016, de 5 de abril y la STC 94/2010, de 17 de diciembre.

44. *Cfr.* Rodríguez Lainz, J. L., «¿Sería inconstitucional…, *op. cit.*, p. 8. Este autor considera inconstitucional la exclusión de la dispensa en caso de haber denunciado. Tal propuesta se apoya en el art 370.1 del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de diciembre de 2012 y en jurisprudencia que reputa prescindible el deber de instrucción previa por haberse presentado denuncia de forma voluntaria y espontánea (SSTS 557/2016, de 23 de junio, 449/2015, de 14 de julio, 662/2001, de 6 de abril y 625/2007, de 12 de julio). Pero se trata de situaciones distintas: una cosa es que ante la denuncia espontánea no se informe de la posible dispensa (y ello no afecte a la licitud de la prueba) y otra cosa es que se prive de ese derecho. Y así lo indica la STS 294/2009, de 28 de enero.

45. En 2015 se modificó el art. 261 LECrim en el sentido de limitar la exclusión del deber de denunciar a cónyuge y pareja de hecho a los supuestos de convivencia efectiva, pero esta modificación no se extendió al art. 416 pese a su evidente relación.

cias concretas del caso, pues podría dejar a la víctima de violencia de género privada *de facto* del derecho a negarse a declarar[46].

2.12. El valor de las declaraciones previas de la víctima

El derecho a no declarar permite al testigo modificar su decisión al respecto a lo largo del proceso, siendo la posición definitiva la adoptada en el juicio oral. Es cierto que un cambio de criterio en el sentido de acogerse de forma sorpresiva a la dispensa puede frustrar la acusación y provocar su retirada o una absolución por falta de prueba. Con todo, el criterio jurisprudencial se inclina por el rechazo de la incorporación de las eventuales declaraciones incriminatorias previas mediante su reproducción en el plenario[47]. Pese a cierta oposición doctrinal[48], entiendo que no cabe otra opción por imperativo constitucional y que no procedería una modificación legal en sentido contrario, ya que dejaría vacío de contenido el derecho.

2.13. Final

Llegados a este punto, no me resta sino reiterar mi confianza en que el legislador valore con prudencia las distintas propuestas y que opte, en su caso, por una reforma de mínimos orientada exclusivamente a la incorporación expresa de los criterios consolidados por la jurisprudencia. Igualmente, insisto en que debe rechazarse la supresión de la dispensa y negarse el valor probatorio de las declaraciones prestadas en la instrucción y en que los esfuerzos deben focalizarse en ofrecer la debida atención de las víctimas y procurar una intervención adecuada con los victimarios.

3. Bibliografía

CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M., «Denuncia y dispensa del deber de declarar», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Violencia de Género y Justicia,* Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales,* Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

---

46. En la línea establecida por el ATC 187/2006. *Vid.* al respecto VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *El derecho…*, *op. cit.*, p. 19.

47. SSTS 129/2009, de 10 de febrero y 854/2013, de 30 de octubre. Con todo, hay jurisprudencia menor que sí da cobertura a esta opción. Así la SAP de Castellón 150/2006, de 12 de abril y la SAP de Navarra 130/2004, de 15 de julio, muestra de una posición claramente minoritaria.

48. Recogida por RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «En torno a… *op. cit.*, p. 52.

Gil Vallejo, B., «A vueltas con el artículo 416 LECrim. Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del artículo 416 LECrim por las víctimas de violencia de género», *Diario La Ley,* número 8764, 2016.

Lozano Eiroa, M., «Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género», *Revista General de Derecho Procesal,* número 31, 2013.

Marí Farinós, E., «Análisis jurisprudencial del derecho a no declarar en el proceso penal en el ámbito de la violencia de género», *Diario La Ley,* número 8891, 2016.

Martínez Mora, G., «La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Boletín del Ministerio de Justicia,* número 2176, 2015.

Rodríguez Lainz, J. L., «¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar contra el agresor?», *Diario La Ley,* número 9014, 2017.

Rodríguez Lainz, J. L., «En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de parientes», *Revista de Derecho de Familia,* número 46, 2010.

Sánchez Alfonso, J. C., «La dispensa de la obligación de declarar como testigo de la víctima-denunciante en los delitos de violencia de género. Una perspectiva para la reforma del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley,* número 8778, 2016.

Villamarín López, M. L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», *InDret,* número 4, 2012.

Nuevas perspectivas sobre la prueba ilícita*

Joan Picó i Junoy
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra

1. Introducción: un vacío normativo que es necesario cubrir en la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal

Uno de los temas probatorios más complejos que se plantean en la actualidad es el de la ilicitud de las pruebas[1], y con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (LEC) ha vuelto a adquirir protagonismo dado el confusionismo que han introducido sus arts. 283.3 y 287. Es importante este texto normativo ya que el vacío normativo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) nos conduce, inexorablemente, a su aplicación supletoria en virtud del art. 4 LEC. Resulta sumamente curioso que un aspecto tan básico para la investigación judicial de los hechos criminales no tenga un refrendo normativo en la LECrim.

Sin embargo, el tema sí ha merecido la debida atención en los dos textos prelegislativos que en estos últimos años han aparecido como alternativa a la decimonónica LECrim:

* Este estudio se enmarca dentro del Proyecto I+D «Hacia una nueva configuración de la pericial judicial» (DER2016-7549-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el Prof. Dr. Joan Picó i Junoy; y en el Grupo de Investigación Consolidado «Evidence Law» (2017SGR1205) reconocido y financiado por la Generalitat de Catalunya.

1. Y a él le he dedicado diversos estudios: el interés por el tema nació a raíz de mi tesis doctoral, pues configuré la prueba ilícita como un límite al derecho a la prueba, motivo por el cual le dediqué un capítulo específico (*cfr*. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, pp, 283 a 367). Posteriormente me he dedicado a esta temática en mis estudios «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», *La Ley*, número 1, 1997, T. I, pp. 1871-1879; «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», *Justicia*, 3-4, 2005, pp. 59-100; «El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras», *Justicia*, 2, 2009, pp. 99-156; y más recientemente «El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita», en VV. AA., *La prueba. Homenaje al Profesor Doctor Roland Arazi*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, pp. 317 a 324; y «La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 287 a 296, y en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 317 a 326.

a) El Borrador de Código Procesal Penal del gobierno del Partido Popular de 2013, en cuyo art. 13 establecía:

«*Artículo 13. Exclusión de la prueba prohibida*
1. No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida.
2. Como excepción a la disposición establecida en el apartado anterior, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean:
a) favorables al encausado; o
b) consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o
c) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.
3. La declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula.
4. En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba».

b) El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del gobierno socialista de 2011, que en el capítulo dedicado a la preparación del juicio oral y, más en concreto, a la admisión de la prueba, preveía:

«*Artículo 543. Motivos de impugnación de la prueba propuesta*
Al tiempo de personarse ante el tribunal designado para el enjuiciamiento, las partes podrán impugnar la prueba que haya sido propuesta por las demás partes por resultar impertinente o inútil al objeto del juicio o por haberse obtenido vulnerando algún derecho fundamental (…).

Artículo 544. Forma de impugnación
1. La impugnación de la prueba se efectuará por escrito.

Cuando por la naturaleza del motivo alegado fuera necesario, se acompañarán los documentos justificativos de los hechos en que se funda y si no se encuentran a disposición de la parte que lo promueve, se designará el registro o archivo donde se encuentran, pidiendo al tribunal que los reclame mediante original o compulsa, según proceda.
2. Del escrito presentado, el secretario judicial dará traslado a las partes personadas para que en el plazo común e improrrogable de tres días formulen alegaciones.
3. Cuando para resolver el incidente hayan de reclamarse documentos o informes, se librarán inmediatamente las comunicaciones necesarias para que estén a disposición del tribunal en el plazo más breve posible.

Artículo 545. Celebración de vista
1. Siempre que resulte imprescindible por la complejidad de las cuestiones planteadas, el tribunal dispondrá la celebración de vista, a la que serán convocados el Ministerio Fiscal, los abogados de las partes personadas y los acusados.
La inasistencia de los acusados no será causa de suspensión de la vista.
2. En la vista, las partes informarán en defensa de sus respectivas pretensiones y el tribunal podrá solicitar las aclaraciones que considere necesarias.

Artículo 546. Resolución
Dentro de los dos días siguientes al de la terminación del plazo para realizar alegaciones o, en su caso, al de la finalización de la vista, el tribunal resolverá mediante auto sobre todas las cuestiones planteadas.

Artículo 547. Prueba ilícita. Auto de sobreseimiento
1. El tribunal examinará, en primer lugar, que las pruebas propuestas por las partes cumplen los requisitos que la Constitución y las leyes establecen.
2. Cuando sea ilícita la prueba impugnada, el tribunal lo declarará así en el auto de admisión de prueba, inadmitiendo su práctica en el plenario.
3. Cuando toda la prueba propuesta por las acusaciones haya sido declarada ilícita, el tribunal dictará auto de sobreseimiento.
4. En los demás supuestos, cuando el tribunal haya declarado parte de la prueba ilícita, oirá a las partes acusadoras para que manifiesten si con la prueba restante están en condiciones de sostener la pretensión acusatoria en el juicio oral.
Si las partes acusadoras manifiestan esta imposibilidad, el tribunal dictará auto de sobreseimiento.
5. Contra este auto podrán las partes interponer recurso de apelación.

Artículo 548. Admisión de prueba
1. Resueltas las cuestiones anteriores, el tribunal, en la misma resolución, se pronunciará sobre la admisión de las restantes pruebas propuestas, decidiendo sobre las impugnaciones formuladas.
2. Podrá rechazar de oficio la práctica de un medio de prueba:
a) cuando consista en una actividad prohibida por la ley, y
b) cuando se trate de la declaración en el juicio oral de los peritos autores de los informes emitidos por los laboratorios oficiales, siempre que la proposición no esté debidamente justificada.
3. Inadmitirá la práctica en el juicio oral de la prueba impugnada cuando resulte impertinente o inútil al objeto del juicio (…).
6. Todas las cuestiones previas relativas a la prueba se resolverán en el auto de admisión de prueba.
Contra el auto de admisión de prueba no cabrá recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia, en el que se podrá denunciar la indebida admisión o denegación del medio de prueba propuesto».

Como podemos comprobar, ambos textos prelegislativos convergen en una idea común: asimilar el concepto de prueba ilícita a la vulneración de un derecho fundamental (en la línea ya prefijada por el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ—).

En este breve trabajo voy a abordar un aspecto concreto —y novedoso— del tema de la prueba ilícita, que incide sobre el propio concepto o alcance de dicha institución procesal. Quedan en el tintero otros muchos problemas no abordados por la LECrim e igualmente relevantes como, por ejemplo, el del momento procesal en el que debería debatirse la posible ilicitud probatoria, cuestión ésta que ha adquirido cierto protagonismo debido a recientes casos judiciales con trascendencia mediática, y a cierta polémica doctrinal[2], y sobre el que ya tuve ocasión de pronunciarme[3], motivo por el cual me limito aquí a sintentizar mi opinión. Al respecto, se mantienen dos tesis diferentes sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita: la primera, según la cual, el art. 11.1 LOPJ acoge un planteamiento anglosajón de la materia, esto es, recoge una

2. Me refiero a la suscitada entre los profesores José María Asencio Mellado y Vicente Gimeno Sendra en el *Diario La Ley*: el primero, el 25 de enero de 2013, publicó su trabajo «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», que pocos días después —en concreto el 12 de febrero— mereció la respuesta del segundo en su estudio «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)». Una semana después —esto es, el 19 de febrero— Asencio Mellado le contestó en su artículo «Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)» que, a su vez, al día siguiente, originó la rápida réplica de Gimeno Sendra en «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. Asencio)».

3. En concreto, en «La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal», en Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, *op. cit.*, pp. 287 a 296, y en Fuentes Soriano, O. (Coord.), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, *op. cit.*, pp. 317 a 326.

exclusión probatoria similar a las «*exclusionary rules*», por lo que la ilicitud de una prueba debe enjuiciarse lo antes posibles —esto es, en la instrucción—; y la segunda, mantiene que el art. 11.1 LOPJ, asumiendo un enfoque germánico del problema, plasma una norma de valoración probatoria, por lo que el tema de la ilicitud de la prueba debe residenciarse ante el juez enjuiciador, esto es, el competente para valorar todo elemento probatorio. Sobre este problema, muy probablemente, como dirían los clásicos, *in medio virtus*, lo que me conduce a buscar una solución de equilibrio entre ambas tesis que se puede resumir en la idea de «partiendo de la primera tesis se puede ir a la segunda». Me explico: en el caso de que la ilicitud sea clara y evidente, el juez instructor debería eliminar el elemento de investigación de la actuación sumarial y, por el contrario, en caso de duda sobre dicha ilicitud debería no valorar este hecho para evitar frustrar una posible actividad probatoria válida ante el juez sentenciador —el único competente para valorar las pruebas—. Y para ilustrar mi postura voy a poner un mismo ejemplo de posible ilicitud en la obtención de la fuente probatoria susceptible de dar lugar a las dos soluciones que acabo de apuntar: (a) la información obtenida de una intervención telefónica practicada sin intervención judicial debe provocar inmediatamente el rechazo rotundo del juez instructor, que debería materializarse en la inadmisión de dicha intervención telefónica por ilícita —y con ello, toda la información y demás fuentes probatorias derivadas de dicha intervención—; y (b) la información obtenida de una intervención telefónica practicada con autorización judicial cuya debida motivación es discutida por la parte acusada, no debería provocar que el mismo juez instructor autorizante de la intervención entrase a resolver su propia actuación, por lo que, en esta situación, lo lógico sería remitir esta problemática al juez del juicio oral.

Pero volvamos a nuestro objeto de estudio, a saber, el alcance de la prueba ilícita en función del sujeto infractor del derecho fundamental.

2. Primer paso: donde estamos

2.1. Concepto. Distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal

La ilicitud de la prueba es un límite extrínseco del derecho constitucional a la prueba[4]. Como nos recuerda constantemente nuestro Tribunal Constitucional

4. En distintos trabajos he clasificado los límites del derecho a la prueba en intrínsecos y extrínsecos: los primeros, o inherentes a la actividad probatoria, son aquellos que necesariamente deben concurrir en la prueba para que pueda considerarse como tal, y son su pertinencia y utilidad; los segundos, se derivan del carácter procesal de este derecho, y son aquellos exigidos por los normas de proposición que con carácter general —para cualquier prueba— o con carácter específico —para cada medio probatorio— exigen las respectivas leyes de enjuiciamiento. Desde esta misma perspectiva, la ilicitud de la prueba es un límite extrínseco, ya que la prueba ilícita no deja de ser prueba, esto es, un

(TC), estamos en presencia de un derecho de configuración legal, motivo por el cual el legislador puede regular su ejercicio como estime más oportuno (SSTC 121/2004, de 12 de julio, f.j. 2º; 88/2004, de 10 de mayo, f.j. 4º; *et al.*).

La prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental[5]. En consecuencia, como puede comprobarse, el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales. Este concepto se deduce de las siguientes dos normas:

a) El art. 11.1 LOPJ establece: «(…) *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*».
   Este precepto introdujo por primera vez en nuestro sistema procesal una norma que formula, de manera expresa, la proscripción de la prueba ilícita. Del estudio de su *iter* parlamentario[6] se desprenden dos relevantes consideraciones: en primer lugar, la progresiva reducción del alcance o ámbito de aplicación de la prueba ilícita a la estricta vulneración de un derecho o libertad fundamental; y, en segundo lugar, la voluntad del legislador de recoger la doctrina que sobre dicha problemática había formulado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Ambos datos deberán siempre tomarse en consideración para resolver cualquier cuestión interpretativa que pueda suscitarse en la aplicación de la mencionada norma.
b) El art. 287 LEC indica: «*Ilicitud de la prueba. 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto*

---

mecanismo a través del cual puede lograrse —en línea de principio— la convicción del juez acerca de los hechos litigiosos, si bien no es válido su uso en méritos del debido respeto a los derechos fundamentales.

5. Este concepto se deduce de los propios trabajos parlamentarios del art. 11.1 LOPJ, que regula el tema de la ilicitud probatoria, pues se utilizó el término genérico de «prueba» para referirse a ambos conceptos, indistintamente, con cambios de denominación sin justificación alguna. De igual modo, Asencio Mellado entiende que «*hay que hablar aquí de actividad en un sentido amplio. No sólo parece que haya que incluir en este término la noción "fuente", sino igualmente, toda actuación que se realice sobre tal fuente y el propio resultado de dicha labor*» (*Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 82); y en la misma línea, *vid.* GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 333 (nota 57); y VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 121, nota 128. Sin embargo, PASTOR BORGOÑÓN, B. («Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia*, 1986, II, p. 362) sostiene que el término «prueba» utilizado en el art. 11.1. L.O.P.J. únicamente hace referencia a las fuentes de prueba (en la misma línea, *vid.* GONZALEZ MONTES, J. L., «La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Procesal*, 1, 1990, pp. 39-40).

6. Efectuado en mi trabajo «El derecho a la prueba en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 311-315.

del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se intenpodrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva».

El claro panorama legislativo ha venido a oscurecerse por la literalidad del art. 283.3 LEC según el cual: «*Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley*». Pese a la apariencia de haberse ampliado el alcance de la prueba ilícita (para referirse a cualquier prueba basada en un elemento probatorio obtenido vulnerando cualquiera precepto legal), ello no es así pues, propiamente, dicha norma sólo viene a recoger un criterio de admisión de pruebas, ya que el propio enunciado que inicia esta norma indica que estamos ante la «*Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria*», esto es, los criterios de admisión de pruebas. Por ello, el juez sólo puede admitir aquella prueba que sea pertinente y útil (apartados 1º y 2º del art. 283 LEC), y además que no esté prohibida por la ley» (apartado 3º del art. 283 LEC). Pero ¿Qué prueba está prohibida por la ley? Como he tenido ocasión de destacar, sólo lo está aquella obtenida vulnerando un derecho fundamental. En definitiva, dicha norma sólo recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria, esto es, la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto[7], por lo que entiendo que el art. 283.3 LEC no establece un concepto amplio de prueba ilícita, equiparándola a la violación de cualquier ley, sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta del juez en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC (así, por ejemplo, el informe elaborado por profesionales de la investigación privada que no estén legalmente habilitados —art. 265.1.5ºLEC—). Si el proceso se concibe como el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, ello conduce a sostener que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo.

---

7. Para identificar a los autores que defienden tanto la doctrina que considera a la prueba ilícita como toda aquella basada en un elemento probatorio obtenido vulnerando cualquiera precepto legal, como la que limita el alcance de dicho concepto solo a la conseguida con infracción de derechos fundamentales, me remito al reciente y completo trabajo de Casanova Martí, R., «La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate», *Justicia*, 1, 2016, pp. 335 a 364.

En mi opinión, este es el concepto de prueba ilícita más acorde a nuestro marco constitucional. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales[8]. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, en nuestro caso, la imposibilidad de utilizarse dicha prueba[9].

El problema surge respecto de la validez de las pruebas obtenidas con vulneración de una norma que no tiene dicho rango constitucional, esto es, las que denomino pruebas ilegales.

A la vista de los distintos argumentos formulados para la defensa de la eficacia o ineficacia de estas pruebas, y de acuerdo a nuestro marco normativo actual, estamos en condiciones de mantener que, *a priori*, tales medios probatorios deben ser admitidos y valorados en función, básicamente, de dos razonamientos: el primero se deriva de la *voluntas legislatoris* de la LOPJ, y el segundo de la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (art. 24.2 CE). Si junto al hecho de que nuestro legislador quiso que la única limitación expresa de ineficacia de una prueba fuese la obtenida infringiendo derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ)[10], observamos que el derecho a la prueba se encuentra constitucionalizado al máximo nivel, ello me conduce a la conclusión de que no existe interdicción del resto de las pruebas, esto es, las ilegales[11].

---

8. En este sentido, SAINZ DE ROBLES, F. C. y ALBÁCAR LÓPEZ, J.C., afirman que «*cobran en este punto un interés trascendental las precisiones anteriormente hechas acerca del rango constitucional del derecho a la prueba, lo que permitirá, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas ilícitas, cuando los derechos y normas violadas no alcancen aquél carácter*» («El derecho a la prueba», en VV. AA., *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983, p. 600). De igual modo, GONZÁLEZ MONTES subraya que «*los límites del derecho a la prueba, consagrado constitucionalmente, tenían que suponer una infracción del mismo nivel, esto es, sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiera violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba*» (*op. cit.*, p. 31). *Vid.* también PASTOR BORGOÑÓN, B., *op. cit.*, p. 356.

9. Para una lectura crítica de esta opinión, *vid.* DE LA OLIVA, A., «Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas», en VV. AA., *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 96-100.

10. De los trabajos parlamentarios de la LOPJ se desprende que el legislador restringió ex processo el ámbito de la ineficacia probatoria a los medios de prueba logrados con infracción de derechos fundamentales, pues el Senado modificó el texto inicialmente aprobado en el Congreso de los Diputados en el que dicha ineficacia se extendía a la prueba obtenida «de modo contrario a la ética o al Derecho» (sobre este particular, *vid.* ampliamente mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 311-315).

11. Además, con anterioridad a la redacción de la LOPJ, el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (f.j. 3º), declaró la inexistencia en nuestro ordenamiento de una regla que imponga la ineficacia procesal de las pruebas obtenidas antijurídicamente. La ausencia de esta regla permite *a priori* la admisibilidad de la prueba ilegal.

Partiendo de la base de que en la adquisición del material probatorio no se ha infringido derecho fundamental alguno, éste podrá ser, en principio, libremente valorado por el juzgador al realizar la fundamentación fáctica de la sentencia, sin perjuicio de exigir la correspondiente responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que ha realizado tal irregularidad[12]. Entendemos que el carácter de fundamental que la Constitución otorga al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba ilegal. En este sentido, la STC 114/1984 de 29 de noviembre (f.j. 4º), afirma: «(…) *Estas últimas (las garantías —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos) acaso puedan ceder ante la primera (la necesaria procuración de la verdad en el proceso) cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento*»[13]. De igual modo, la sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona de 3 de noviembre de 1992 (Sección 15ª, de lo Civil), acerca de la aportación de una carta lograda mediante engaño, y tras recoger la doctrina constitucional según la cual «*no existe en nuestro sistema un derecho fundamental autónomo a que no se propongan en contra pruebas de origen o desarrollo antijurídico*», afirma que «*ninguna infracción de derecho fundamental se advierte en este proceso (civil)* (…) *por el hecho de que un detective siguiera por la calle a una persona sospechosa e informara de sus salidas o porque con engaño, hubiera obtenido de ella una carta*»[14].

---

12. Estaremos en presencia de un acto procesal irregular pero no ineficaz. Al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ distingue entre ineficacia e irregularidad de los actos procesales, para referir esta última a «*la ausencia en un acto procesal de determinado requisito que, si bien determina la incorreción del acto y la subsiguiente imposición a su titular de una sanción determinada, no impide la plena producción de sus efectos jurídicos. El acto irregular es incorrecto, pero aun advertida de oficio o por las partes su incorrección no se perjudica su eficacia*» («Actos procesales irregulares», en sus *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 468). De igual modo, la doctrina italiana se refiere a la irregularidad procesal para designar aquel vicio del acto realizado con infracción de la ley, que no impide la producción de sus efectos típicos (en este sentido, *cfr*. CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, Giuffré, Milano, 1955, p. 24; DENTI, V., «Nullità degli atti processuali civili», en VV. AA., *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XI, Utet, Torino, 1965, p. 478; MANDRIOLI, C., «Sulla nozione di "irregolarità" nel processo civile», *Rivista di diritto processuale*, I/1977, pp. 509 y ss.; y ORIANI, R., «Nullità degli atti processuali (Diritto processuale civile)», en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, fondata da Giovanni Treccani, tomo XXI, Roma, 1990, p. 6).

13. En esta línea, el auto del Tribunal Supremo (ATS) de 18 de junio de 1992 (f.j.4º), establece: «*Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba "prohibida" (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales*». De igual modo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de julio de 1993, f.j.

14. Sentencia recogida por MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria,* 4ª edición, Praxis, Barcelona, 1993, pp. 81 y 83.

2.2. El problema del alcance de la ilicitud probatoria: la doctrina de los frutos del árbol prohibido o efectos reflejos de la prueba ilícita

2.2.1. Introducción

La doctrina de los frutos del árbol prohibido viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un derecho fundamental.

2.2.2. La falta de recepción normativa en el art. 11.1 LOPJ

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia española entienden que en España ha sido acogida la teoría de origen norteamericano de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (o doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita)[15], en virtud de los términos «directa o indirectamente» que emplea el art. 11.1 LOPJ[16].

Sin embargo, en mi opinión, esta teoría no ha sigo acogida por el art. 11.1 LOPJ. Para comprender en sus justos términos la expresión «directa o indirectamente», es hace necesario partir de la doctrina fijada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, de la cual trae causa inmediata y directa la redacción final del precepto objeto de estudio[17]. En esta sentencia se relacionan constantemente los conceptos de fuente de prueba e infracción directa de un derecho fundamental. De este modo, destaca que «*la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el*

---

15. Para un estudio de esta doctrina norteamericana me remito a mis estudios «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», en *La Ley*, tomo I, 1997, pp. 1871-1879; y *El derecho a la prueba en el proceso civil, op. cit.*, pp. 355-359; así como el reciente trabajo de EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A., *La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; o los más clásicos de FIDALGO GALLARDO, C., *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 63-106; MIRANDA ESTRAMPES, M., «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación», *Jueces para la Democracia*, número 47, julio, 2003, pp. 53-66; o DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 70-134.

16. En este sentido, *cfr.* ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida...*, *op. cit.*, p. 89; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *op. cit.*, p. 334 (nota 59); LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 98; *id*.: «Nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica», en *Estudios de Jurisprudencia*, número 2, septiembre 1992, p. 36; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Prueba ilegítimamente obtenida», en *La Ley*, 1990, 1, p. 1204; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, edit. Akal, Madrid, 1989, pp. 147-148; CLIMENT DURAN, C., «Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida», en *Revista General del Derecho*, número 560, mayo, 1991, p. 2552; DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 71; FIDALGO GALLARDO, C., *op. cit.*, p. 35; o MARTÍNEZ GARCÍA, E., *op. cit.*, p. 76.
Respecto a la jurisprudencia, *vid.* las SSTC 22/2003, de 10 de febrero, f.j. 10ª; 149/2001, de 27 de junio, f.j. 3º; o la 81/1998, de 2 de abril, f.j. 4º.
La adopción de esta doctrina norteamericana ha obligado a nuestro TC ha crear la teoría denominada de la «conexión de antijuricidad», en orden a evitar la desproporcionalidad que genera su aplicación ilimitada, como puede comprobarse en sus sentencias 22/2003, de 10 de febrero; 149/2001, de 27 de junio; 138/2001, de 18 de junio; entre otras.

17. Al respecto, *vid.* ampliamente mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 311 y ss.

art. 18.3 de la Constitución Española no podría imputarse —con carácter directo e inmediato— a las resoluciones judiciales, sino (…) *a los actos extraprocesales* (…) *la lesión no podría referirse directa e inmediatamente a la actuación judicial*» (f.j. 1º). Igualmente señala que «*el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución*» (f.j. 1º), para concluir indicando que «*la pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación directa e inmediata del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones*» (f.j. 2º *in fine*). Tras este planteamiento, la citada resolución del TC sostiene que sólo en el supuesto de admitirse jurisdiccionalmente dicha fuente de prueba se da origen a la vulneración de otros derechos fundamentales distintos de los que han sido ya infringidos para la obtención de la fuente probatoria. Concretamente, pone de manifiesto que es otro problema el que «*suscita el recurso a propósito del artículo 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte —en casación y ante este Tribunal— de ilegítima* [ilícita]*, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución)* [f.j. 3º *ab initio*]»[18]. En definitiva, de esta doctrina constitucional —básica para comprender el verdadero alcance del art. 11.1 LOPJ que, como he indicado, trae causa directa de la citada sentencia del Tribunal Constitucional— se desprende la siguiente conclusión: es nulo todo elemento probatorio logrado *directamente* con vulneración de derechos fundamentales[19], así como también

18. E insiste en el f.j. 5º que «*constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro*».

19. El f.j. 4º de la citada sentencia destaca la «*nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución*». De este modo, el TC no limita el alcance de la prueba ilícita a las fuentes probatorias obtenidas por funcionarios públicos, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos —como el norteamericano—, sino que también lo extiende a las logradas por los particulares.

lo es el medio de prueba mediante el cual pretende introducirse el citado elemento probatorio en el proceso, pues ello implica vulnerar *indirectamente* otros derechos fundamentales (en concreto, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes). Mediante la expresión «*directa o indirectamente*», el legislador ha pretendido recoger, de manera no muy afortunada, la doctrina constitucional anteriormente expuesta, destacando la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental (ejemplo, la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas), así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se intenta dar entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone indirectamente conculcar otros derechos fundamentales (así, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes)[20].

Además, la doctrina de los «*frutos del árbol prohibido*» supone un límite a la eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, configurado como fundamental en nuestra *norma normarum* (art. 24.2 CE) lo que obliga, como reiteradamente destaca el Tribunal Constitucional, a efectuar una lectura restrictiva del mismo. En el presente caso, esta interpretación me conduce a negar que el art. 11.1 LOPJ suponga la consagración legal de los efectos reflejos de la prueba ilícita[21].

Finalmente, el nuevo art. 287 LEC que regula la «*ilicitud de la prueba*» en el proceso civil en ningún momento recoge la doctrina de los frutos del árbol prohibido. Siendo consciente el legislador de la problemática que ha generado la admisión o rechazo de dicha doctrina, su falta de inclusión debe interpretarse como voluntad expresa de su no recepción[22].

Partiendo de lo antedicho ¿Significa ello que en España se admite la eficacia de todo lo obtenido de forma refleja de una prueba ilícita? La respuesta debe ser negativa como seguidamente paso a analizar.

---

20. Si bien es cierto que la STC 64/86, de 21 de mayo (f.j. 2º), declara que la admisión o práctica de una prueba ilícita debe reconducirse a la regla de la interdicción de la indefensión, no lo es menos que esta resolución es posterior a la fecha de elaboración de la L.O.P.J., por lo que no sirve para interpretar la *voluntas legislatoris* del redactor del citado texto normativo.

21. En este sentido, De Marino, R., destaca que la aceptación de esta doctrina «*limitaría el derecho a la prueba de manera inconveniente*» («Los problemas probatorios como límite del Derecho a la prueba», en en VV. AA., *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983, p. 619). Por otro lado, algunos autores, si bien no se pronuncian al respecto, destacan la duda sobre la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de la doctrina estadounidense aquí analizada (así, por ejemplo, *cfr.* Ortells Ramos, M., en AAVV, *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, Bosch, Barcelona, 1994, p. 325).

22. En contra también podría entenderse que se trata de un olvido o error del legislador, si bien en este caso debería razonarse debidamente este lapsus legislativo.

2.2.3. Inadmisión de ciertos efectos reflejos de la prueba ilícita: límites (arts. 243 LOPJ y 230 LEC)

Tan sólo existe, en mi opinión, un argumento legal en el que puede apoyarse la vigencia de ciertos efectos reflejos de la prueba ilícitamente obtenida, y éste no viene dado por el art. 11.1 LOPJ, como he examinado, sino por el art. 243 del mismo Texto Normativo, que declara inválidos los actos que se deriven y sean dependientes de otros declarados nulos. En concreto, establece: «*1.— La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2.— La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla*». Y de igual modo, el art. 230 LEC prevé un contenido muy similar al transcrito[23].

No obstante, la aplicación de estos preceptos debe limitarse en la medida en que en ellos tiene su acomodo normativo, precisamente, el principio contrario a la expansión de las nulidades, esto es, el de conservación de los actos. Este principio, conjuntamente con la necesidad de no reducir la eficacia del derecho constitucional a la prueba, me conduce a exigir la concurrencia de dos requisitos para que puedan tener lugar los mencionados efectos reflejos:

a) En primer lugar, la dependencia, es decir, debe existir una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la obtención de la prueba y el resultado logrado posteriormente merced a dicha ilicitud;
b) Y, en segundo lugar la imposibilidad de su obtención por otros medios legales, razón por la cual estos efectos no entran en juego cuando el resultado logrado hubiese sido obtenido, igualmente, por otras vías diferentes a la utilizada[24]. Si bien es cierto que este segundo requisito comporta la necesidad de efectuar juicios hipotéticos acerca de la probabilidad que existía de acceder a los datos e informaciones logrados a través de la mencionada prueba, no lo es menos que tales juicios deberán ser oportunamente razonados por el juzgador en su sentencia, siendo de este modo controlables mediante los correspondientes recursos[25].

---

23. Art. 230 LEC: «*Conservación de los actos. 1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquelllos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla*».

24. Como indiqué con anterioridad, en esta línea restrictiva se muestra la propia jurisprudencia estadounidense creadora de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (*cfr.* mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 358-359). En este sentido se pronuncia, de entre nuestros autores, De Marino, R., para quien «*podría reducirse la ineficacia, en estos casos, a los supuestos en que tales elementos de prueba no hubieran podido obtenerse por un procedimiento lícito. Restringiendo o ampliando la validez, según se presumiera o no la obtenibilidad legítima*» (*op. cit.*, p. 619). En parecidos términos, *vid.* Climent Duran, C., *op. cit.*, pp. 2553-2554.

25. Además, especialmente en el orden penal, con ello se evitan eventuales actuaciones fraudulentas e injustas del presunto delincuente. Así —destaca Pastor Borgoñón, B.— «*basta con inducir a la persona que está buscando y reco-*

En esta línea parece pronunciarse alguna resolución del TS. Así, la Sentencia de 1 de marzo de 1994, f.j. 2º, omitiendo en todo momento el art. 11.1 L.O.P.J., destaca que «si bien es cierto que el registro practicado sin la asistencia del Secretario judicial o del que haga sus veces incumple lo prevenido en el art. 569 LECrim y por ello constituye una diligencia procesalmente invalidada y carente de los efectos probatorios que de ella se derivarían de haberse cumplido las prescripciones que la ley de ritos prevé para su celebración, *no lo es menos que tal irregularidad afecta sólo a la diligencia concreta en la que concurre, pero ni se contagia al resto de las actuaciones procesales, si los ritos a ellas aplicables se han cumplido, los que, por el principio de conservación de los actos (art. 242 LOPJ) mantienen los efectos que les son propios*, ni impide que los datos que pretendían probarse por la diligencia de registro irregular y que ésta ya no puede acreditar al perder sus *efectos, sean susceptibles de ser probados por otra actividad probatoria practicada en la causa* (…)»[26].

De igual modo, debemos destacar la STC 85/1994, de 14 de marzo. En esta resolución, se declara el carácter ilícito de las presunciones utilizadas por el juzgador para condenar al recurrente, pues las mismas traían causa de una serie de datos que no podían lograrse al margen de la intervención telefónica

---

giendo las fuentes de prueba a que incumpla alguno de los requisitos legales, previstos para que la actuación restrictiva de un derecho fundamental sea admisible, para invalidar toda su labor posterior de investigación derivada, en mayor o menor medida, de las informaciones obtenidas con la conducta irregular» (*op. cit.*, p. 360). De igual modo, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 98; y CLIMENT DURÁN, C., *op. cit.*, p. 2554.

26. La cursiva es mía. El presente razonamiento aparece recogido por el TS para dar validez a elementos probatorios logrados durante la práctica de una diligencia de entrada y registro y que acreditan la existencia de un delito distinto a aquél que es objeto de investigación judicial. De este modo, la STS de 18 de febrero de 1994 afirma en el f.j. 1º: «(…) *carece de razón la Defensa cuando afirma que el hallazgo casual de pruebas de otro delito que el que ha motivado las diligencias sumariales quita a tales pruebas validez. En efecto, si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que se las encontró, nada impide que tales pruebas sean valoradas. Por lo tanto, aunque el auto que autorizó la entrada y registro establezca que la misma se otorga "tan sólo al objeto de comprobar la existencia de estupefacientes", la valoración de pruebas obtenidas en dicha diligencia relativas a la tenencia ilícita de armas y demás delitos diversos por los que el recurrente fue finalmente condenado, es ajustada a derecho, pues tales pruebas hubieran podido ser obtenidas por medio de una diligencia de entrada y registro*». De igual modo, podemos mencionar la STS de 28 de marzo de 1995, f.j. 4º (Ar. 2246), según la cual: «*Ha de quedar claro al respecto que la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes investigaciones siempre que sea posible la consiguiente desconexión causal entre unas y otras. Pudo pues existir, y existió, una línea de investigación ilegítima pero ello no empece para que otras pruebas, sin relación con la ineficaz, acrediten suficientemente los hechos acaecidos* (…) *como dice el artículo 242 de igual Ley Orgánica (del Poder Judicial), la nulidad del acto no implica la de los sucesivos que fueren independientes de aquél*». Igualmente, la STS de 18 de enero de 1994, f.j. 1º (Ar. 29), sin mencionar el art. 11.1 LOPJ, destaca: «(…) *se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por entender que la prueba que sirvió de base a la condena fue consecuencia de un registro practicado en el bar que, a su vez, trajo causa de unas conversaciones telefónicas que el Tribunal declaró nulas, por lo que toda la prueba debe ser considerada como tal. Es un problema complejo, y no exento de dificultades, determinar cuál es el alcance de la declaración de nulidad de una prueba. Es evidente que, de una actividad que se declara radicalmente nula, nada puede obtenerse con vistas a una condena, pero también lo es que tampoco es aceptable afirmar que si una prueba se declara nula la absolución es ya irremediable. Se daría así el contrasentido de que todo acusado recibiría con alborozo la práctica de una prueba nula porque con ella estaría garantizada la imposibilidad de condena. Las pruebas no contaminadas son válidas y nada puede objetarse respecto de ellas. Así la propia declaración del imputado reconociendo sin precisión alguna el hecho, las declaraciones testificales autónomas, es decir, no asociadas a la prueba nula* (…)».

ilícitamente practicada. Así, en el f.j. 4º afirma que «*al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico* [se refiere al utilizado para fundamentar la sentencia condenatoria] *queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando "algo" desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.*

Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida».

En definitiva, como puede comprobarse, con la simple aplicación de las normas reguladoras de las nulidades procesales, esto es, los arts. 243 LOPJ y 230 LEC, es totalmente innecesario acudir a figuras extrañas, como la de la *fruit of the poisonous tree doctrine*, y crear nuevas teorías, como la de la «conexión de antijuricidad», para limitar su posterior eficacia.

2.3. Efectos de la estimación de la ilicitud de la prueba

Como consecuencia lógica de la nulidad de toda prueba ilícita, se deriva la imposibilidad de cualquier tipo de subsanación[27], por lo que el principio de conservación de los actos jurídicos imperfectos[28], entendido como utilización de un acto imperfecto a los mismos efectos que el correspondiente acto perfecto[29], no despliega ningún tipo de virtualidad[30].

Ello significa que la ilicitud de la prueba:

---

27. En este sentido, con carácter general, *vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Actos procesales ineficaces», *op. cit.*, pp. 461 y 466; MORÓN PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil*, Nereo, Barcelona, 1962, pp. 203-204; o VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 64-65. Con referencia a la doctrina italiana *cfr.*, especialmente, CONSO, F., «Il concetto e le specie d'invalidità», *op. cit.*, p. 28; DENTI, V., «Nullità degli atti processuali civili», *op. cit.*, p. 473; VIGORITI, V., «Prove illecite e Costituzione», *Rivista di diritto processuale*, I, 1968, pp. 70-71; ORIANI, R., *Nullità degli atti processuali (Dir. proc. civ.)*, *op. cit.*, p. 13; o ANGELONI, F., *Le prove illecite*, Cedam, Pavoda, 1992, p. 120.

28. Acerca de este principio *vid.* CONSO, G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

29. Así, CONSO, G., *op. cit.*, pp. 28-29.

30. En estos términos se pronuncian CONSO, G., *op. cit.*, p. 28; PIERO, G., *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992, p. 169; y GALANTINI, N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992, pp. 260-261.

a) Es total y plena, no pudiéndose utilizar en nada para acreditar el hecho controvertido. Así, la STS de 13 de diciembre de 2004, en su f.j. 2º, afirma: «*En síntesis, la sentencia de instancia declara nulas las declaraciones de las tres personas absueltas pero las recupera en una especie de sanación en raíz parcial y a posteriori dándoles el valor de testifical en cuanto a las imputaciones que en aquellas se contienen contra el recurrente* (…)*. Tal proceder es totalmente inadmisible. En primer lugar, las declaraciones declaradas nulas lo son de forma total y absolutas, no pudiendo ser nulas en algunos aspectos —los que incriminan a los declarantes— y válidos en otros —en cuanto incriminan al recurrente—. Tal división ignora la radicas unidad de toda declaración cuya validez no puede ser troceada. Si hubo nulidad lo es en su integridad*».
b) Y no puede convalidarse ni explícita ni implícitamente. Así,
   — En el primer caso, no puede convalidarse la prueba ilícita ofreciendo al litigante perjudicado por la misma la posibilidad de defenderse y contradecir su contenido[31]. En mi opinión, es un error relacionar el tema objeto de estudio únicamente con la actividad probatoria en la que se ha infringido el derecho de defensa y contradicción, esto es, con independencia de que en la obtención del elemento probatorio haya sido vulnerado un derecho fundamental. Afortunadamente este planteamiento ha sido acogido por el TS, que reconociendo el valor del contradictorio en materia probatoria, lo limita a las pruebas susceptibles de ser valoradas por el juzgador, de las que se excluyen aquéllas obtenidas con infracción de los arts. 14 a 29 C.E. En otras palabras, no permite que un elemento probatorio ilícitamente logrado, por el mero hecho de someterse a contradicción en juicio, pueda ser «subsanado» y tomado en consideración por el órgano jurisdiccional. Así, la STS de 14 de marzo de 1991, f.j. 2º, con referencia al proceso penal (aplicable, de igual modo, al civil), señala: «(…) *Las pruebas, como tantas veces se ha dicho han de verse en el juicio oral y público para que contradictoriamente puedan las partes rebatirlas por los medios que estimen oportunos aunque después el Tribunal tenga plena libertad para valorarlas conforme al art. 741, siempre en todo caso sobre pruebas que cumplan las exigencias constitucionales más elementales —Sentencias de 4 y 18 de diciembre de 1990 (R. 9405 y 9557) entre otras—* (…)».
   — Y tampoco cabe ningún tipo de convalidación implícita de la prueba ilícita derivada de la actitud pasiva del litigante que, perjudicado por la prueba ilícita, no denuncia su existencia, pues el carácter absoluto de la prohibición contenida en el artículo 11.1 L.O.P.J. comporta la plena in-

31. Por convalidación, siguiendo a GUASP DELGADO, J., entiendo «*aquella específica actividad que tiende a remediar la ineficacia de un acto originada por su invalidez*» (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Aguilar, Madrid, 1943, p. 693, nota 1).

eficacia de la misma. Además, como destaca CAPPELLETTI[32], las normas que disponen la inadmisibilidad, o fijan los límites objetivos y subjetivos de la admisión de pruebas, son normas de orden público, de *ius cogens*, por lo que la disponibilidad de las mismas por parte de los litigantes no despliega ninguna virtualidad, siendo su vulneración apreciable *ex officio* por el órgano jurisdiccional[33].

Finalmente, en este punto, estimo de interés formular tres últimas observaciones:

a) En primer lugar, debemos destacar el diferente tratamiento jurídico que debe merecer la irregularidad producida en la práctica de una prueba que sea susceptible de provocar la infracción de alguna de garantía procesal constitucionalizada en el art. 24 CE (así, *ad exemplum*, la prueba desarrollada sin notificación a la parte contraria para que puede oportunamente intervenir en la misma, vulnerándose con ello lo prescrito en los arts. 295.1, 354.2 y demás concordantes de la LEC, o la prueba pericial cuando se impide la concurrencia de alguno de los litigantes en contra de lo establecido en el art. 345.2 LEC). En estos supuestos, al no consumarse la vulneración de la mencionada garantía constitucional hasta tanto no se produzca una sentencia que reconozca eficacia probatoria a tales diligencias[34], entiendo que el órgano jurisdiccional deberá disponer la subsanación de las mismas.

---

32. CAPPELLETTI, M., «Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte», en *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1963, p. 181.

33. En este sentido, se pronuncian en Italia DENTI, V., «Nullità degli atti processuali civili», *op. cit.*, p. 473 (nota 7); CAPPELLETTI, M., «Efficacia» ..., *op. cit.*, p. 182; PIERO, G., *Una nuova specie d'invalidità ...*, *op. cit.*, pp. 56 y 169; y GALANTINI, N., *L'inutilizzabilità della prova...*, *op. cit.*, p. 255. Y en España, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Pactos privados sobre la prueba», en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, edit. EDERSA, Madrid, 1954, pp. 270-271; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Actos procesales ineficaces*, *op. cit.*, p. 462; *id.*: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (arts. 1214 a 1253)*, tomo XVI, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1991, pp. 31 a 34 y 103; DE MARINO, R., *op. cit.*, p. 618; PASTOR BORGOÑÓN, B., *op. cit.*, p. 363; id.: «La prueba ilegalmente obtenida», *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1993, p. 210; y FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *op. cit.*, p. 1205.
En contra de la apreciación ex officio, *vid.* GIMÉNEZ PERICAS, para quien los derechos fundamentales «*son derechos individuales, subjetivos, que para su reconocimiento en cada caso concreto, deben ser esgrimidos* (…) *si no se alega ante el Tribunal la vulneración específica de un derecho fundamental lesionado por una actuación irregular o tajantemente ilegal en la obtención de la fuente de prueba la parte hipotéticamente lesionada ha aceptado tácitamente el resultado de la pesquisa, la aportación del material ocupado, etc. interviniendo en el debate contradictorio sobre los datos aportados*» (Sobre la prueba ilícitamente obtenida, en «La prueba en el proceso penal», *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992, pp. 287-288). De igual modo, un sector de la doctrina italiana entiende que la ausencia de la oportuna protesta comporta la aceptación tácita y con ello la sanación de la inicial ilicitud, que se convierte así en un vicio inócuo (en estos términos, *cfr.* CORDERO, F., «Nullità, sanatorie, vizi innocui», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 699; y Ricci quien acogiendo alguna resolución de la Corte di Cassazione sostiene la eficacia y validez de los documentos incorporados al proceso de manera irregular o extemporáneamente, en el supuesto de que la contraparte no formule oportunamente su oposición [RICCI, G. F., «Le prove illecite nel processo civile», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, 1, pp. 41-42, y jurisprudencia en la nota 28]).

34. En este sentido, *cfr.* STC 64/1986, de 21 de mayo (f.j. 2º).

b) En segundo lugar, que la prueba ilícita sea insubsanable no significa que impida aportar al proceso aquel elemento probatorio, válidamente obtenido, que tenga por objeto acreditar los mismos hechos que pretendían justificarse a través de dicha prueba ilícita. De este modo, la STS de 28 de marzo de 1995, ff.jj. 4º y 5º (Ar. 2246), afirma: «*En el caso que se estudia se produjeron vicios procesales que afectaban al valor probatorio de las escuchas, mas ello no impide, como se viene diciendo, que la evidencia se obtenga legítimamente por otros medios* (…) *no puede afirmarse que el hecho probado por una actividad procesal nula suponga la imposibilidad de probarlo por otras vías*».

c) Y, finalmente, en tercer lugar, la imposible subsanación o convalidación de la prueba ilícita no supone que el elemento probatorio logrado con infracción de un derecho fundamental no pueda volver a obtenerse, con posterioridad, mediante el procedimiento legal previsto. Al respecto, entendemos que es necesario distinguir dos supuestos, a saber, aquéllos en que existen las condiciones legales para efectuar válidamente el acto ilícito, y aquéllos en que no existen tales condiciones, pues en el primer caso podrá volverse a procurar (que no subsanar[35]), esta vez por los cauces legales, el elemento probatorio inicialmente logrado de forma ilícita, mientras que en la segunda hipótesis no será posible[36]. Para ilustrar este razonamiento me parece oportuno formular varios ejemplos. Imaginemos un documento obtenido de un Registro Público, por un tercero, infringiéndose el derecho a la intimidad de la persona cuyos datos constan registrados[37]. En este caso, la ilicitud producida en la obtención del documento[38] no impide que el juez, a instancia de parte, si lo estima pertinente y necesario, pueda requerir posteriormente al Registro Público, durante el período probatorio, la aportación de una copia o certificación de los datos que consten en él[39]. Por el contrario, unas fotografías, un disket magnetofónico o una cinta de video efectuadas infringiéndose el derecho a la intimidad, esto es, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 7º de la L.O.

---

35. Estaremos en presencia de una prueba *ex novo* y no ante la subsanación o convalidación de un medio probatorio ilícitamente obtenido.

36. De igual modo se pronuncia ANGELONI, F., *Le prove illecite*, *op. cit.*, p. 121.

37. La protección del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) aparece como el motivo ex lege que justifica la restricción del acceso a los Registros Públicos. Así, el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que «*el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas* (…)». De igual modo, los arts. 13, 14.2 y 19.2 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, y los arts. 6, 7, 9.1, 11 y 14 de la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, no permiten el acceso a los datos registrados sin consentimiento del titular de los mismos, precisamente, para preservar su derecho a la intimidad.

38. Estaremos en presencia de una prueba ilícita por existir una vulneración del derecho a la intimidad.

39. Ello sin perjuicio de exigir la correspondiente responsabilidad disciplinaria, civil o penal en la que eventualmente haya podido incurrir el infractor del derecho fundamental.

1/1982, de 5 de mayo, serán de imposible repetición, al no existir para ello un cauce legal válido.

3. Segundo paso: hacia donde vamos

3.1. La STS 116/2017, de 23 de febrero

Recientemente, la Sala Penal del Tribunal Supremo ha introducido un elemento de conflicto muy peligroso respecto del alcance de la prueba ilícita, limitando su eficacia al supuesto en el que el infractor del derecho fundamental sea el Estado. Me refiero a la STS 116/2017, de 23 de febrero.

En el famoso «caso de la lista Falciani», el TS acepta como prueba válida unos documentos sustraídos por un exempleado del banco suizo HSBC (la «lista Falciani») que dieron origen a la inspección de la Agencia Tributaria española, donde llegaron remitidos por las autoridades francesas, y en función de los cuales se condenó en España por delito contra la Hacienda Pública a un español, que había ocultado más de 5 millones de euros en cuentas bancarias suizas (y cuyo nombre y cuentas figuraban, junto a la de más de 500 contribuyentes españoles, en los citados documentos sustraídos).

El TS distingue entre dos formas de obtención ilícita de documentos o datos de terceros: así, si lo hace la Policía o los aparatos del Estado, la prueba no es válida, en virtud del art. 11 LOPJ, pero si lo hace un particular desconectado de los aparatos del Estado y que no buscaba prefabricar pruebas sino obtener un lucro, como era el caso del informático bancario Hervé Falciani, si puede dársele validez.

La sentencia entiende que la prohibición contenida en el citado art. 11 LOPJ, de que surtan efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, «*violentando los derechos o libertades fundamentales*», responde a la idea, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, de ser un «*elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito*», ya que «*el poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos*» (fundamento jurídico sexto). Sin embargo, otra cosa es la información obtenidamente ilícitamente por un particular sin ninguna conexión con aparatos del Estado en el momento de la sustracción de los datos. Así, explica que los ficheros bancarios que consiguió Falciani no estaban afectados por la regla de exclusión prevista en el art. 11 LOPJ, pues «*se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores*

fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles» (fundamento jurídico octavo).

E insiste en la idea de la finalidad disuasoria de la prohibición de dar valor probatoria a la prueba ilícita a los efectos de lograr que el aparato estatal pretenda alcanzar algún efecto positivo de la vulneración de un derecho fundamental, por lo que tal finalidad no se da cuando el sujeto infractor es un particular. Por ello, entiende que «*[L]a finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Herve Falciani, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso*». Para el Supremo, el particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado, afirmando que: «*[N]o rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas ("no surtirán efecto las pruebas obtenidas…"). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal —entendido éste en su acepción más flexible— lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales*» (fundamento jurídico sexto).

En definitiva, el Supremo subraya que la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como «*mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior*» (fundamento jurídico sexto).

Tan radical es la postura del Supremo que intenta rápidamente matizarla indicando que dicha regla de validez probatoria no pretende alcanzar validez general, por lo que no «*aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorpo-*

ración a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero» (fundamento jurídico séptimo).

Como podemos comprobar, de la doctrina de esta sentencia se deducen tres conclusiones:

a) La obtención de pruebas por parte del Estado vulnerando derechos fundamentales provoca, siempre y en todo caso, su ilicitud, por lo que no pueden ser utilizadas válidamente en el proceso penal.
b) La obtención de pruebas por partes de sujetos particulares vulnerando derechos fundamentales sólo provoca su ilicitud si ello se ha realizado con el objeto de alcanzar fuentes probatorias destinadas a su uso en un futuro proceso penal pues, de lo contrario —como sucede en el caso Falciani— tendrán plena validez probatoria.
c) Tanto en el primer caso como en el segundo, el fundamento de la exclusión del valor probatorio de las pruebas ilícitamente obtenidas se encuentra en el efecto disuasorio que debe provocar la respuesta jurídica a quien pretenda favorecerse probatoriamente en un proceso penal.

3.2. Valoración crítica de la STS 116/2017, de 23 de febrero

La STS 116/2017, de 23 de febrero, abre una puerta peligrosa al otorgamiento de validez probatoria a pruebas que tienen un origen ilícito. El hecho de que la prueba haya sido lograda por una particular o una persona que forme parte de la estructura administrativa del Estado, o que la obtención de la prueba estuviere o no preordenada a su utilización en un proceso judicial, debería resultar intrascendente para nuestro ordenamiento jurídico, por lo que siempre y en todo caso la respuesta judicial debería ser la de impedir que dicha prueba pueda tener cualquier tipo de eficacia probatoria.

El verdadero fundamento de la prueba ilícita es proteger la vigencia del derecho fundamental que se ve afectado por la obtención de dicha prueba. Así queda ya claro en la originaria STC 114/1984. Por ello:

— A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el estadounidense, en el que con la doctrina judicial de la prueba ilícita se pretendió frenar la abusiva actuación de los poderes públicos, si en el nuestro lo importante es el hecho de la simple vulneración de un derecho fundamental, la circunstancia de que ello lo haya realizado una persona pública o privada debería ser del todo irrelevante.

— Que la fuente probatoria ilícitamente alcanzada lo haya sido con o sin el ánimo de aportarse a un proceso judicial es igualmente intrascendente pues, si al final, se le otorga validez probatoria resultará que judicialmente se estará convalidando o dando validez a un acto atentatorio a un derecho fundamental, y esto es precisamente lo que pretende evitarse con el art. 11.1 LOPJ[40].

4. Reflexión final

La jurisprudencia nos está llevando erróneamente —en mi modesta opinión— hacia una peligrosa zona gris en la que la vulneración de los derechos fundamentales queda impune o, dicho en otros términos, esta efectuando interpretaciones de la legalidad poco respetuosa a la doctrina de otorgar la máxima eficacia a los derechos fundamentales (al menos aquellos que se han visto infringidos con la obtención de la fuente probatoria).

Esperemos que la futura —y tan necesaria— LECrim no asuma los planteamientos jurisprudenciales aquí reflejados y vuelva a la original postura del art. 11.1 LOPJ, plenamente protectora de los derechos fundamentales, sin distinción del orden jurisdiccional en que el que se intente hacer valer la prueba ilícita y del sujeto que la este aportando.

40. Para otro tipo de crítica a esta sentencia *vid.* RICHARD GONZÁLEZ, M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la "lista falcian" para fundar una condena por delito fiscal», *Diario La Ley*, número 8946, de 22 de marzo de 2017.

Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base

Jordi Nieva Fenoll
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

1. Introducción

Exclusionary rule o regla de exclusión es la denominación que recibe la doctrina de la prueba ilícita en EEUU[1], de donde proviene todo el estudio de la cuestión con algunos antecedentes en la Inglaterra del siglo XVIII[2]. De esa misma doctrina se deriva la más conocida en España «doctrina de los frutos del árbol envenenado»[3], que permite anular los vestigios derivados de la información obtenida a través de una prueba ilícita, pese a que esos vestigios secundarios fueran obtenidos lícitamente. Todo ello es conocido y será abordado después, como conocida es también la notoria polémica en su aplicación práctica.

El que quizás no es tan difundido en Europa[4] es el motivo por el que existe esta regla de exclusión[5]. Como repite constantemente la jurisprudencia del

1. Por todos, MACLIN, T., *The Supreme Court and the Fourth Amendment's Exclusionary Rule*, Oxford 2012.

2. ROE, HALDANE, URRY v. HAVEY, 1769. En BURROW, J., *Reports of Cases Argued and adjudged in the Court of King's Bench during the time of Lord Mansfield's presiding in that Court*, volumen IV, London 1790, pp. 2484 y ss.: «*in a criminal or penal cause, the defendant is never forced to produce any evidence; though he should hold it in his hands, in Court*.» Y más claramente en el caso The King v. *Rudd*, 1775: «*If any evidence or confession has been extorted from her, it will be of no prejudice to her on the trial*.» En LEACH, T., *Cases in Crown Law*, volumen I, London 1815, p. 123. *Vid.* también MACNAIR, M. R.T., *The law of proof in early modern equity*, Berlin 1999, p. 105 y MERKEL, L., «Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio», *Justicia*, número 1, 2016, pp. 439 y ss.

3. Entre otras muchas, STS 292/2017, 26-4-2017.

4. Como lo reconoce MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 120.

5. Aunque tampoco ignorado. *Vid.* desde las SSTS 1647/1993, 14-5, 501/1997, 18-4, hasta hoy: STS 297/2017, 26-4.

Tribunal Supremo de los EEUU desde hace bastante tiempo[6], se trata de buscar con dicha regla un efecto disuasorio de la mala praxis policial. Es posible que un policía, llevado por el empeño en atrapar al que dicho agente cree que es el responsable de un delito, decida prescindir de los derechos fundamentales para realizar una investigación; pero si lo hace, su actuación no obtendrá los frutos que busca precisamente como resultado de la aplicación de la regla de exclusión: siendo su conducta contraria a los derechos fundamentales, su investigación será completamente anulada, resultando el reo absuelto con el consiguiente disgusto del policía actuante, que ve destrozada una laboriosa tarea que puede haber durado meses o años.

En su día se pensó en EEUU que este efecto disuasorio sería suficiente para depurar los malos usos de la policía, como veremos seguidamente, pero a la vista está que no ha sido así[7]. Aunque obviamente la actividad policial de ahora no es como la de hace un siglo, las mejoras han sobrevenido como resultado de una mejor formación de los cuerpos policiales y de mayores mecanismos de control sobre la actividad policial. Pero en todo ello el efecto disuasorio de la regla de exclusión no parece haber tenido un papel tan protagonista como se piensa. En Europa, por ejemplo, se ha hablado bastante menos de ese efecto disuasorio, siendo habitual en la jurisprudencia encontrar declaraciones de nulidad como consecuencia de la violación de derechos fundamentales *per se*, como si la única razón de su respeto fuera su mera existencia en el ordenamiento[8].

Sin descartar lo anterior, y sin apartar la vista de una cierta eficacia del *deterrent effect*, lo cierto es que la regla de exclusión provoca muchos problemas. Los mismos son resueltos de manera a veces dispersa o incluso arbitraria por los tribunales, adaptando la motivación de sus resoluciones a lo que creen más justo en cada caso concreto pero sin parar mientes en la real vulneración del derecho, mirando con frecuencia hacia otro lado ante lesiones flagrantes de los derechos fundamentales. Lo que sucede en esos casos, en realidad, es que a dichos jueces no les gusta que ese reo en concreto, responsable de ese delito en particular, salga absuelto. A partir de ahí, la manipulación de la regla de

---

6. Por ejemplo, en Davis v. US, 564 U.S. 229 (2011): «*The exclusionary rule's sole purpose is to deter future Fourth Amendment violations, e.g., Herring v. United States, 555 U. S. 135, and its operation is limited to situations in which this purpose is "thought most efficaciously served" United States v. Calandra, 414 U. S. 338. For exclusion to be appropriate, the deterrence benefits of suppression must outweigh the rule's heavy costs*».

7. Lo reconoce Pizzi, W. T., *Trials without Truth*, New York 1999, pp. 37-39. *Vid.* las causas en Klockars, C. B., «A Theory of Excessive Force ant Its Control», en Geller, W. A. y Toch, H. (Eds.), *Understanding and Controlling Police Abuse of Force*, New Haven and London 1996, pp. 16 y ss.

8. Es de hecho el caso alemán con el sistema de las prohibiciones de prueba. *Vid.* Kühne, H.H., *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2015, pp. 565 y ss. También en Italia: Conso, G., Grevi, V. y Bargis, M., *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova 2012, pp. 319 y ss.

exclusión —a fin de no aplicarla— es frecuente y casi proverbial a lo largo y ancho del mundo, empezando por los mismísimos EEUU.

Al margen de las críticas más o menos severas que merezcan dichos jueces, críticas que muchas veces están curiosamente inspiradas muy claramente por la política, es posible que algo falle en el fondo de la configuración de la regla de exclusión. Todos estamos de acuerdo en su vigencia en general, pero en lo concreto acabamos discrepando con frecuencia. Este trabajo pretende descubrir ese posible error de base, proponiendo una alternativa que ojalá pueda encontrar consenso.

2. Origen de la regla de exclusión

Existe cierto debate sobre si la jurisprudencia de la regla de exclusión se origina en 1886, con el caso Boyd v. U.S.[9], o bien casi treinta años más tarde, en 1914, con el caso Weeks v. US[10], con el paso intermedio que supuso el caso Bram v. U.S. de 1897[11]. Una derivación de esa jurisprudencia fue la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que surge en 1920 con el caso Silverthorne Lumber Co. v. U.S.[12] y se confirma, con esa terminología, en Nardone v. U.S. de 1939[13]. A partir de ahí, la trayectoria de la jurisprudencia ha andado en parte a trompicones, con las importantes resoluciones de Mapp v. Ohio (1961)[14], Miranda v. Arizona (1966)[15], pero también últimamente con las muy polémicas Hudson v. Michigan (2006)[16] y Utah v. Strieff (2016)[17], que han supuesto una peligrosísima puesta en cuestión de lo enunciado en Weeks v. U.S. hace más de un siglo. Y es que este último caso había marcado un antes y en después. Antes de Weeks, lo único importante era que la prueba fuera verdadera, no cómo hubiera sido conseguida. A partir de este caso, la prueba ilícitamente obtenida sería excluída[18].

---

9. 116 U.S. 616 (1886).
10. 232 U.S. 383 (1914).
11. 168 U.S. 532 (1897).
12. 251 U.S. 385 (1920).
13. 308 U.S. 338 (1939).
14. 367 U.S. 643 (1961).
15. 384 U.S. 436 (1966).
16. 547 U.S. 586 (2006).
17. 579 U.S., 136 S. Ct. 2056 (2016).
18. Hensley, T. R., *The Rehnquist Court*, Santa Barbara, 2006, p. 160.

De lo que no se ha hablado demasiado es del porqué se originó esta jurisprudencia, lo que obliga a analizar, siquiera brevemente, las circunstancias sociales de EEUU a finales del siglo XIX[19]. En ese período, una vez superada la época de la reconstrucción tras la Guerra Civil (1861-1865), se produjo una rápida industrialización en el país que buscaba mano de obra barata sobre todo en los inmigrantes que en masa acudieron a EEUU de todas partes del mundo, especialmente de Europa.

Ello provocó que las miserables condiciones de trabajo generaran movimientos obreros de gran calado, que preocupaban a los empresarios enormemente. Obviamente creció la criminalidad derivada del abuso del alcohol propia de los ambientes empobrecidos, junto con otros delitos comunes cuyo único origen es ciertamente la miseria.

Con la excusa de estos últimos hechos delictivos, pero sobre todo con la firme voluntad de controlar los movimientos obreros y sus numerosísimas huelgas y manifestaciones, se empezó a desarrollar una institución que sólo había tenido algún desarrollo en unas pocas ciudades durante el siglo XIX: la policía profesionalizada. La primera fuerza policial fue establecida en Boston en 1838, seguida de la de Nueva York en 1845, y a partir de ahí otras ciudades hasta que en la década de los ochenta del siglo XIX la mayor parte de ciudades importantes disponían de su policía local. Todo eso fue en el Norte. En el Sur, los cuerpos policiales habían tenido directamente funciones de persecución de esclavos huídos desde principios del siglo XVIII.

Lo que unía a ambos territorios es que el mantenimiento del «orden» tenía unos fines claramente mercantilistas. Lo que preocupaba al Poder no era tanto la lucha contra el crimen como el control social. En consecuencia, las dos principales características de la policía de finales del XIX eran la corrupción y la brutalidad[20]. Los agentes estaban involucrados en el juego, la prostitución, el tráfico de drogas y, por supuesto, el *racketeering*, es decir, la extorsión de las bandas organizadas a cambio de protección. También participaban en el fraude electoral que aseguraba la permanencia de las élites en el poder[21]. Naturalmente, la ley seca (*National Prohibition Act* o *Volstead Act*, 1919-1933) no hizo sino aumentar todos estos problemas, generando más delincuencia. Tes-

---

19. Sobre el tema, WALKER, S., *The Police in America: An Introduction*, McGraw-Hill, New York, 1996. HARRING, S., *Policing a Class Society: The experience of American Cities*, Haymarket Books, Chicago, 2017. KAPPELER, V., SLUDER, R. y ALPERT, G., *Forces of Deviance: Understanding the Dark Side of Policing*, Prospect Heights, 1998.

20. POTTER, G., *The History of Policing in the United States*, Parte 2. www.plsonline.eku.edu/insidelook/history-policing-united-states-part-2.

21. POTTER, G., *The History of Policing in the United States*, Parte 4. www.plsonline.eku.edu/insidelook/history-policing-united-states-part-4#_ga=2.66081642.59940879.1498142108-489442676.1498142108.

timonio de ello fueron, por ejemplo, los intocables de Elliot Ness y sus alegales métodos de investigación[22], que con un selecto grupo de escogidos intentaban luchar contra la corrupción policial totalmente infiltrada por el gangsterismo, especialmente de Al Capone en aquella época, pero que venía de muy atrás. Esa historia, llevada a la literatura y a la cinematografía, no es más que un triste reflejo de la gravísima situación vivida en la época.

Con todo este panorama no puede extrañar en absoluto que algunos magistrados del Tribunal Supremo, pese a la polémica de la mayoría de sus decisiones, decidieran romper una lanza intentando lograr un poco de limpieza en el sistema[23]. De ahí que como método disuasorio de los abusos policiales decidieran participar activamente en la depuración de la única manera que les era posible: a través de sus sentencias. Y en ese momento se originó la idea de que la total nulidad de las actuaciones policiales lesivas de derechos fundamentales contribuiría a la mejora del sistema.

Por desgracia, no fue realmente así. En cualquier profesión se heredan siempre los hábitos del pasado, dado que cualquier persona que entra a trabajar en un servicio, lo primero que desea es saber cómo se conducía el mismo con anterioridad a su llegada. Y de ese modo lo más cómodo, y lo que además suele parecer más correcto en un primer momento, es copiar lo que se ve hacer. Lo contrario implica recibir críticas de todos los compañeros más «experimentados». Por eso los cambios cuestan tanto y se avanza tan lentamente en algunos sectores.

En consecuencia, el efecto disuasorio, aun estando en el origen de la regla de exclusión, no parece haber servido ni para resolver el problema de la mala praxis policial, ni tampoco para asentar la indiscutible observancia de los derechos fundamentales en las investigaciones penales.

3. Problemas del efecto disuasorio como fundamento de la ilicitud

Existe además otro problema muchísimo más grave. Es muy peligroso configurar un supuesto efecto disuasorio como razón central de la licitud de la prueba

22. Perry, D., *Elliot Ness: The Rise and Fall of an American Hero*, Viking Press Inc, New York 2014.

23. Se demuestra lo anterior leyendo algún *obiter dictum* del caso Weeks v. U.S., 232 U.S. 383 (1914), aunque ciertamente faltaba una declaración más contundente sobre la vigencia del efecto disuasorio: «*The tendency of those who execute the criminal laws of the country to obtain conviction by means of unlawful seizures and enforced confessions, the latter often obtained after subjecting accused persons to unwarranted practices destructive of rights secured by the Federal Constitution, should find no sanction in the judgments of the courts, which are charged at all times with the support of the Constitution, and to which people of all conditions have a right to appeal for the maintenance of such fundamental rights*».

y, por ende, del respeto por los derechos fundamentales. El inconveniente de proceder de ese modo es que acaba conduciendo a la conclusión de que cuando no existe, en apariencia o en realidad, una malintencionada praxis policial, la vulneración del derecho fundamental parece que no sería relevante, lo que supone poner una excepción al cumplimiento de los derechos fundamentales que puede degenerar en su desaparición. Es más, se ha llegado a afirmar en no pocas ocasiones que dicha mala praxis, pese a sus inconvenientes, ayuda a descubrir la realidad de los hechos —era lo que se sostenía antes del caso Weeks[24]—, lo que aunque a veces —sólo a veces— pueda ser cierto, supone definitivamente la perversión total del sistema.

Y es que si ello es así, ¿para qué sirven entonces los derechos fundamentales? Toda la protección que dichos derechos nos confieren a los ciudadanos frente al tremendo poder del Estado —ese es su origen[25]— parece completamente irrelevante en aras de un descubrimiento a ultranza de la realidad de los hechos. En la práctica ello se traduce en una aplicación más de la máxima «el fin justifica los medios», cuyo cumplimiento se puede mostrar en apariencia muy práctico, pero es brutal en la mayoría de las ocasiones. Y es que, además, a partir de ahí cunden entre la ciudadanía las apelaciones a la eficacia policial o a la seguridad de todos, que justificarían la vulneración de derechos[26], pero sólo los de los delincuentes, como se dice con una ingenuidad —o mala fe— inaceptable. Finalmente, todo acaba convergiendo en un mensaje claramente populista, puesto que es en una masa desinformada y crédula donde dicho mensaje encuentra un fenomenal, aunque increíblemente torpe, caldo de cultivo.

Justo eso es lo que ha sucedido hoy en día y, de hecho, desde hace años, como veremos seguidamente. La regla de exclusión conoce tantas y tan amplias excepciones en la jurisprudencia que a veces bien parece que no exista. Como veremos más adelante, nada de ello hubiera sucedido si el fundamento de dicha regla hubiera sido otro bien diferente con respecto al que ese efecto disuasorio solamente posee un papel, de hecho, secundario. Pero tomando como prioridad y pretexto el efecto disuasorio, acaba sucediendo que cuando dicho efecto carece de sentido —como ocurre con cierta frecuencia—, la lesión del derecho fundamental es presentada como irrelevante, lo que conduce a un resultado ciertamente cruel y peligrosísimo para nuestro sistema jurídico. Veá-

---

24. 232 U.S. 383 (1914).

25. Conviene releer a LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, II, Cambridge 1963, pp. 377 y ss. (137 y ss.) y a BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, London 1791, pp. 126 y ss.

26. *Vid.* sobre el tema JAKOBS, G., «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», *HRRS*, marzo 2004, pp. 88 y ss. MIR PUIG, S., «Límites del normativismo en Derecho penal», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-18, 2005. GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02, 2005. CANCIO MELIÀ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid 2006.

moslo. En este particular seguiré expresamente, con alguna variación, la magistral explicación sobre el particular que realizó Miranda Estrampes[27].

3.1. Excepción a la regla de exclusión

Era inevitable la primera excepción que surgió a la regla de exclusión, o a la ilicitud de la prueba como se prefiere decir en Europa. Está justamente basada en las situaciones en que el efecto disuasorio carece de sentido. La jurisprudencia ha afirmado que en los casos en que la actuación policial haya estado presidida por la buena fe, la prueba no debe anularse pese a la lesión del derecho fundamental, que parece que deja de tener cualquier importancia. Así lo estableció el Tribunal Supremo en el caso Michigan v. Defillippo de 1979[28], cuando un agente detuvo a un sospechoso en cumplimiento de una ordenanza de Detroit que más tarde fue declarada inconstitucional. Al actuar dicho policía bajo la cobertura de esa ordenanza y, por tanto, en creencia de que estaba actuando conforme a derecho, no podía dudarse de su buena fe. Más adelante se amplió esta jurisprudencia a que fuera, no una norma positiva, sino un precedente posteriormente anulado el que diera cobertura a la actuación policial[29], y finalmente a que fuera una orden judicial errónea la que determinara la indebida actuación policial[30]. En todos esos casos la culpa no sería del policía, sino del legislador o de los jueces, por lo que no podría observarse mala fe policial por ninguna parte, careciendo de razón de ser el efecto disuasorio y, por tanto, tomando carta de naturaleza la vulneración del derecho fundamental.

Pero más adelante, el propio Tribunal Supremo afirmó que ese error antecedente de la actuación policial no tenía por qué ser solamente de un juez, sino que también podía provenir de la propia policía... En resumidas cuentas, que cuando la policía pudiera justificar buena fe en su actuación, la lesión del derecho fundamental resultaba nuevamente indiferente. Tal sucedió en el asunto New York v. Quarles, de 1984[31], en el que se aludió a la peligrosidad del momento de la detención y a la seguridad pública como pretextos para suprimir la lectura de derechos previa al arresto, peligrosidad y seguridad que aparentemente justificaban la buena fe policial. Lo mismo acaeció en el caso US v.

---

27. Miranda Estrampes, M., «La regla de exclusión en el sistema estadounidense (crónica de una muerte anunciada)», *El Derecho (Universidad Católica Argentina)*, número 13.242, 21-5-2013, pp. 1 y ss. *Vid.* también Miranda Estrampes, M., *El concepto de prueba ilícita*, *op. cit.* passim.

28. 443 U.S. 31 (1979).

29. Davis v. US, 564 U.S. 229 (2011).

30. U.S. v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

31. New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

Patane, en 2004[32], en el que los agentes, al parecer, paralizaron la lectura de derechos a petición del propio sospechoso, que alegó que ya los conocía. Pero el desarrollo más peligroso de esta línea de pensamiento acaeció con el asunto Herring v. U.S. de 2009[33], en el que sucedió algo bastante frecuente en la práctica policial de cualquier país: que existía una orden de arresto que había sido anulada y que habría justificado la detención de ser aún válida, pero sin que dicha anulación le constara a la policía en el momento del arresto por un deficiente mantenimiento de la base de datos policial. El Tribunal Supremo justificó que dicho error no era deliberado y, por tanto, no respondía a una conducta intencionada del agente, de quien, por tanto, no podía predicarse mala fe. Más adelante profundizaré en este caso.

Las razones manejadas por el Tribunal Supremo pueden parecer muy sensatas, porque ciertamente lo son aunque sólo desde el punto de vista del efecto disuasorio. Según los datos obrantes en todos los casos citados, no parece haber habido una mala praxis policial, sino simples errores burocráticos o graves necesidades de seguridad pública, entre otras la protección de la propia vida del agente actuante. Sin embargo, como observa muy acertadamente Miranda Estrampes[34], las posibilidades que abre esta jurisprudencia son infinitas, porque interpretada su línea de pensamiento de manera extensiva —cosa que ya ha sucedido últimamente—, cada vez que no pueda demostrarse expresamente la mala fe policial, la vulneración del derecho fundamental resulta irrelevante.

Es también cierto que los errores cometidos no son gravísimos, pero siempre desde el punto de vista del, a mi parecer desorientador, efecto disuasorio. Ciertamente, si lo que se busca es que la policía actúe debidamente, en ninguno de los casos analizados concurrió —aparentemente— una conducta indebida. Pero pese a ello existió una vulneración evidente del derecho fundamental. La lectura de derechos —aunque a veces pueda parecerlo— no es pura burocracia, sino que constituye la principal —y casi la única— garantía del reo en un instante de especial estrés para el mismo: su detención. En ese momento, la única salvaguarda de su defensa proviene de la lectura de derechos. Si se suprime, lo que ocurrirá en bastantes casos es que el detenido hará todo lo que le diga la policía, entre otras cosas autoincriminarse, y desde luego no guardar silencio ante la presión del momento.

Pero ello no parece considerarse relevante, y desde luego no lo es desde la estrecha perspectiva del efecto disuasorio. En consecuencia, y para no ser acusa-

32. U.S. v. Patane, 542 U.S. 630 (2004).

33. Herring v. U.S., 555 U.S. 135 (2009).

34. Miranda Estrampes, M., «La regla de exclusión», *op. cit.*, p. 3.

dos los magistrados del Tribunal Supremo de un simple fetichismo en el cumplimiento de las formas, las vulneraciones citadas no determinaron la declaración de existencia de una mala praxis policial. Pero, pese a todo, la vulneración de derechos fundamentales es evidente. Es por ello por lo que la solución del Tribunal Supremo no es satisfactoria. Aunque está basada en una quizás adecuada —en el caso concreto— ponderación de los intereses en juego, el resultado final es que el derecho fundamental no es que se restrinja, como es lícito en estos casos, sino que se anula por completo, lo que no es admisible en democracia[35]: a un detenido al que no se le leen sus derechos se le suprime completamente, en ese instante especialmente delicado, el derecho de defensa. Y hay que tener muy en cuenta que lo que eventualmente pueda declarar el reo en ese primer momento puede contaminar y predeterminar toda la investigación posterior, que le va a señalar como responsable con una fuerza incontenible derivada de sus primeras palabras en el momento del arresto, que van a ser interpretadas sin duda en sentido incriminatorio, condicionando así la investigación posterior.

Por ello es preciso descartar la excepción de la mala fe y acudir a otros posibles caminos de salida, como veremos más adelante.

3.2. Excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado

Como ya vimos, el Tribunal Supremo, siempre con la guía del efecto disuasorio, estableció que no sólo la prueba vulneradora del derecho fundamental debía ser expulsada del proceso, sino que también todas las que de la misma derivaran debían seguir el mismo destino, aunque fueran obtenidas lícitamente.

Pero nuevamente la buena fe, o mejor dicho, la exclusión de la relevancia de la mala fe policial, en el fondo y si bien se observa, ha justificado las tres excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado: la fuente independiente, el nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable[36]:

— Es posible que la prueba de la que surgió la investigación penal sea vulneradora de los derechos fundamentales, pero si puede justificarse que la prueba incriminadora surgió de una *fuente independiente* de la misma,

---

35. Lo explico en Nieva Fenoll, J., «Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?», *Civil Procedure Review*, volumen 7, número 3, sept-dic. 2016, p. 142 y en Nieva Fenoll, J., *Derecho Procesal II: proceso penal*, Marcial Pons, Madrid 2017, pp. 149 y ss.

36. Así se confirma en Nix v. Williams (1984): «(…) *even assuming that there is an inevitable discovery exception to the exclusionary rule – the State had not met the exception's requirement that it be proved that the police did not act in bad faith*».

esa nulidad inicial no vicia esa segunda prueba. Lo dijo el Tribunal Supremo en el mismo caso Silversthorne Lumber Co. v. U.S. de 1920[37], y ha sido objeto de desarrollo posterior. En 1980, en U.S. v. Crews[38], el Tribunal Supremo resolvió el siguiente caso: la víctima de un delito lo denuncia a la policía ofreciendo una descripción del agresor. Días después, la policía detiene ilegalmente, sin cargos reales, a una persona de similares características, haciéndole una foto que posteriormente es enseñada a la víctima, siendo reconocida por la misma, claro está. Pues bien, el Tribunal Supremo afirmó que el recuerdo de la víctima era independiente de la detención ilegal. Como si no condicionara a una víctima que la policía le enseñe días más tarde, con un recuerdo absolutamente alterado o casi borrado, a alguien cuyas características coinciden con las que fueron objeto de la denuncia[39]. Existió mala fe policial, claro está, pero la misma no habría influido en el recuerdo de la víctima, que, según el Tribunal Supremo, era una fuente independiente (¿?) de conocimiento del delito…

— Igualmente, si existe una prueba ilícita y no puede negarse un nexo causal con la prueba subsiguiente, pero sí afirmar que es escasamente relevante, esa segunda prueba será válida. El *nexo causal atenuado* fue enunciado ya en Nardone v. U.S. en 1939. Pues bien, en Wong Sun v. U.S. (1963)[40], la policía detuvo ilegalmente a una persona, que tras ser puesta en libertad compareció días más tarde ante la policía para hacer una declaración inculpatoria plenamente legal, que lógicamente no hubiera tenido lugar de no haber acaecido el arresto ilegal inicial. Pero el Tribunal Supremo, aún reconociendo ese nexo causal, lo consideró atenuado al estimar que el carácter voluntario de la segunda declaración legitimaba la prueba. Nuevamente, a juicio del Tribunal Supremo, la mala fe policial en el arresto fue irrelevante, puesto que en la declaración prestada días más tarde no habría influído dicha mala fe…

— Del mismo modo, si la policía practicó una detención legal durante la que se persuadió al sospechoso —sin presencia de su abogado— a localizar el lugar donde estaba la víctima de un homicidio, pero se puede suponer que la policía hubiera acabado encontrándola por situarse en el perímetro inicial de búsqueda, se puede sostener que era *inevitable el descubrimiento* del cadáver. De nuevo, según el parecer del Tribunal Supremo, la mala fe de la policía no viciaría el descubrimiento posterior. Tal sucedió en Nix v. Williams, en 1984[41]. Después analizaré con más detenimiento este caso.

---

37. 251 U.S. 385 (1920).

38. 445 U.S. 463 (1980).

39. *Vid.* ampliamente Diges Junco, M. y Pérez-Mata, N., «La prueba de identificación desde la psicología del testimonio», en VV. AA., *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons, Madrid 2014, pp. 33 y ss.

40. 371 U.S. 471 (1963).

41. 467 U.S. 431 (1984).

Con todo ello, lo cierto es que la policía puede tener toda la mala fe que desee, aunque tampoco puede decirse que en estos casos sean irracionales las decisiones del Tribunal Supremo, puesto que, ciertamente, aunque exista un comportamiento indebido de un policía, el problema es que la prueba obtenida, en realidad, existe. Dicho de otro modo, los hechos son ciertos, y si el proceso debe reflejar la realidad de los mismos[42], nadie entendería que los jueces no sancionaran dichos hechos, observando la ciudadanía que un criminal se ríe de la justicia.

Pero lo anterior supone un primer reconocimiento implícito —que ha pasado desapercibido— por parte de la jurisprudencia de que el efecto disuasorio no es una buena guía en esta materia, y que de hecho con estas excepciones se estaba volviendo a tiempos anteriores a Weeks, aunque esto segundo sí ha sido subrayado, como veremos. Y es que existen algunas ocasiones en que la mala praxis policial no debe deslegitimar una investigación, si la misma refleja la realidad.

El problema es si, realmente, la investigación en estos casos refleja la auténtica realidad, cuestión que no parece haber merecido la debida atención. Cualquier persona que se declara culpable tras haber tenido una conversación ilegal con un policía, está realizando una autoincriminación completamente condicionada, lo que descarta las dos primeras excepciones estudiadas: la de la fuente independiente porque sólo en ocasiones marginales la fuente es realmente independiente[43]; y también la del nexo causal atenuado, puesto que en esta ocasión ni siquiera se hace el esfuerzo de negar ese nexo con la prueba ilícita, sin cuya presencia la investigación no se hubiera iniciado en absoluto. Claro está, se puede pensar, acudiendo a la antigua máxima del sistema legal de valoración de la prueba, que nadie se acusa a sí mismo en perjuicio propio[44]. Sin embargo, ya desde hace mucho tiempo sabemos que ello es completamente falso en muchas ocasiones, porque las presiones policiales quiebran el ánimo de los declarantes. Por ello, el derecho a no declarar *contra se* existe desde hace más de dos siglos al menos[45].

---

42. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, traducido por Jordi FERRER BELTRÁN de *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, Madrid 2002, p. 181.

43. Lo explica MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

44. Recogida en tantas legislaciones aún en el proceso civil, como la francesa, la italiana o la portuguesa: «*Article 1383 CC. L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant spécialement mandaté. Il fait foi contre celui qui l'a fait*». «*Art. 2733 CC. Confessione giudiziale. È giudiziale la confessione resa in giudizio. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili*». «*Artigo 358 CC. (Força probatória da confissão) 1. A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente*».

45. MERKEL, L., «Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio», *op. cit.*, pp. 439 y ss.

Y por último, ¿qué garantía existe de que no ha concurrido mediatización policial en la declaración de un sospechoso? Es imposible saberlo, porque inútil resulta el intento de controlar todos los comentarios e insinuaciones que la policía puede realizarle al sospechoso durante su detención, por más mecanismos de prevención que existan en este sentido, es decir, por más cámaras que graben la actuación policial. Siempre existirán momentos clandestinos, esto es, instantes en que la policía puede proceder a esa persuasión, o incluso presión, sin que sean captados por las cámaras. En consecuencia, la excepción del descubrimiento inevitable también puede encubrir una mala praxis policial muy difícil de detectar.

Es por ello por lo que estas tres excepciones, por razonables que parezcan sobre el papel, no son aceptables en la práctica, puesto que no eliminan las sospechas de manipulación policial, que es sin duda el peor enemigo de la veracidad de las investigaciones penales. Es por ello por lo que debe acudirse necesariamente a una solución alternativa que pueda parecer razonable desde todos los puntos de vista.

4. Reconfiguración de la regla de exclusión: el doble requisito de licitud de las actuaciones policiales

En primer lugar, parece conveniente realizar una relectura de la *probable cause* de la IV Enmienda como mecanismo legitimador de las actuaciones policiales. Como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, la misma sólo concurre si existen, a juicio de la policía, indicios de delito, así como la convicción que de la actuación que se pretenda realizar van a obtenerse resultados útiles para la investigación. La actuación policial potencialmente vulneradora de los derechos fundamentales requiere un *warrant*, es decir, una orden judicial que especifique la causa probable y que legitime la actuación del agente, y si dicha orden no concurre, la actuación debe justificarse en la convicción del agente de la existencia de causa probable.

A mi entender, esta legitimación de la actuación policial, no es que sea demasiado amplia, que quizás no lo sea, sino que es particularmente inconcreta y, por consiguiente, incontrolable.

Es por ello por lo que me parece más correcto seguir en este sentido las exigencias que implícitamente ha expresado, no sin algo de ambigüedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[46]. Dichas exigencias, dando por supuesta la

46. Un buen resumen puede hallarse en Ibrahim e.a. c. Reino Unido, 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, 13-9-2016, punto 210: «*Pursuant to Article 3(6), temporary restrictions on the right of access to a lawyer are permitted at*

existencia de la previa regulación legal de la diligencia[47], pueden resumirse en un doble requisito para establecer la licitud de las actuaciones policiales:

Sospecha fundamentada: la misma concurre cuando el agente puede establecer los motivos que le llevaron a sospechar que en una determinada situación existían indicios de delito. Pero esa sospecha debe ser, como se ha dicho, fundamentada, en el sentido de que el agente actuante debe explicitar de una forma epistémicamente correcta qué indicios concretos le hicieron sospechar. De ese modo podremos saber si su hipótesis estaba guiada por la simple intuición, de manera que se traduciría en un ejercicio arbitrario del poder. De no ser así, y siendo el agente capaz de detallar los indicios de su sospecha, la misma se considerará fundamentada.

Urgencia o consentimiento: la sospecha fundamentada no basta para dar por buena una actuación policial, sino que es necesario que el policía pueda explicar, de nuevo de modo epistémicamente correcto, que en la situación concreta no pudo acudir previamente a un juez para realizar su actuación por concurrir especial urgencia, puesto que de lo contrario se hubiera frustrado toda la actuación investigadora. Y en caso de no concurrir esa urgencia, pero habiendo decidido el policía igualmente actuar, debe contar con el consentimiento expreso y claramente verificable del sujeto pasivo de la diligencia, para lo que es preciso disponer mecanismos de control que no dependan de la simple palabra del policía. De ese modo, este segundo requisito, en cualquiera de sus dos vertientes, se constituye como una guía completa de la buena fe en las actuaciones policiales.

Ciertamente, cumpliéndose los dos requisitos, no es preciso buscar un efecto disuasorio con la ilicitud de la prueba, sino que de manera anticipada y preventiva, la actuación policial siempre será correcta. Los dos requisitos son de muy fácil recuerdo y concreción para un agente con el debido entrenamiento, que no es tan complejo. Así se evitan los abusos y, en definitiva, la mala praxis policial contra la que tan denodadamente se ha intentado luchar durante tantísimo tiempo con tan pobres resultados en ocasiones. Además, y esto es lo que debiera ser más importante, se previenen las vulneraciones de derechos fundamentales de una forma compatible con la eficiencia de las actuaciones policiales.

---

the pre-trial stage in exceptional circumstances where one of two compelling reasons is demonstrated. The first is that there is an urgent need to avert serious adverse consequences for the life, liberty or physical integrity of a person. The second is that immediate action by the investigating authorities is required to prevent substantial jeopardy to criminal proceedings. Pursuant to Article 8, any restrictions must be proportionate, be strictly limited in time, not be based exclusively on the type or seriousness of the offence and not prejudice the overall fairness of the proceedings. Restrictions are to be authorised by a duly reasoned decision on a case-by-case basis.»

47. Krusling c. Francia, 11801/85, 24-4-1990, Huvig c. Francia, 11105/84, 24-4-1990.

Por añadidura, de ese modo se compendia lo deseado por la jurisprudencia desde cualquier punto de vista. Si lo que se perseguía era la bondad de las actuaciones policiales, por fin estamos ante una guía sintética y completa de la misma, porque lo que sucede en muchísimas ocasiones es que el policía, ante la complejidad de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, no ve claro —de buena fe— si puede o no realizar tal actuación ni cómo, en diversas situaciones que le pueden parecer evidentes —y ni siquiera siempre— a un jurista, pero no a un agente de policía. De hecho, como se puede comprobar en la jurisprudencia, tampoco los tribunales han trazado senderos claros en esta materia.

5. La vulneración de un derecho fundamental como indicio evidente de manipulación de pruebas

Con todo ello parece estar asegurada de manera preventiva y suficiente la buena praxis policial. Pero sin caer en la ingenuidad hay que reconocer que siempre aparecerán casos —previsiblemente muchos menos— en los que dicha mala praxis va a existir, y pese a ello existirá la voluntad de no anular la investigación policial. Es lo que sucedió en el polémico caso Hudson v. Michigan, de 2006[48], y más recientemente en Utah v. Strieff (2016)[49].

En el primero de esos casos, la policía no respetó la regla de dejar pasar un tiempo mínimamente razonable para permitir que el ocupante del lugar cerrado abriera voluntariamente la puerta (*knock and announce rule*). Pese a ello, una vez hubieron irrumpido los agentes en el domicilio unos tres segundos después de llamar a la puerta, descubrieron relevantes —luego se matizará este punto— cantidades de estupefacientes y un arma. En el segundo caso, el policía actuante detuvo sin un motivo suficientemente justificado a una persona, avalando su detención en una orden previa muy sistemática —está sujeta a una orden semejante un ingente número de ciudadanos— y de poca importancia —seguridad en el tráfico—, descubriéndose después que el detenido tenía en su poder estupefacientes.

El problema de ambos casos, como ya se ha venido anunciando, es que en cualquiera de los dos supuestos, y de hecho muy frecuentemente, es posible pensar en una versión bastante verosímil que apunte a una conducta manipuladora de la policía. En Hudson v. Michigan cabe preguntarse por qué la policía decidió no esperar unos segundos más para abrir la puerta. Desde luego, la

48. 547 U.S. 586 (2006).

49. 579 U.S., 136 S. Ct. 2056 (2016).

explicación habitual consiste en que si se deja pasar más tiempo, los ocupantes del inmueble tendrán la oportunidad de hacer desaparecer los estupefacientes por el inodoro o tirándolos por la ventana o dándoselos por el patio a cualquier vecino. Pero también puede ser que, para justificar una entrada ilegal, decidieran entrar de forma rapidísima para intimidar a los ocupantes y preparar una escena aparentemente delictiva durante la confusión inicial derivada de esa intimidación, introduciendo estupefacientes que *no* estuvieran antes de la entrada en el domicilio. O incluso un arma, como fue el caso.

En Utah v. Strieff, cabe preguntarse por qué el policía decidió detener a la persona que vio que salía de una casa, pese a no tener ningún motivo para hacerlo, buscándolo después de manera artificial. Por descontado, puede justificarse que habiendo observado movimientos sospechosos que delatan el posible comercio de estupefacientes en aquella casa, ya tenía una sospecha fundamentada —causa probable—, y ciertamente así pudo ser. Pero si fue así, ¿qué necesidad existía de detener a aquel sujeto? Siendo aparentemente un punto de venta de estupefacientes del que cabe predicar una cierta estabilidad, ¿no era más fácil obtener rápidamente una orden judicial y realizar una entrada y registro? Y siendo así, ¿por qué no se hizo? ¿No cabría pensar en una introducción de estupefacientes del agente al detenido, durante el cacheo, para favorecer la versión del agente sobre la investigación y justificar una detención que, de otro modo, sería ilegal? En favor de esta versión jugaría el hecho de que el agente podía prever algo muy frecuente en EEUU: que el detenido se declare culpable para reducir su condena, lo que de hecho sucedió, como cuenta la sentencia.

Lo que intento expresar es que, aunque se pueda pensar lo contrario, *ningún policía requiere la vulneración de derechos fundamentales para llevar a cabo sus investigaciones*. Es más, dispone de un margen suficiente de actuación si entiende que existe una sospecha fundamentada, sin vulnerar derecho alguno. Y siendo ello así, no tiene sentido que rompa una puerta de una patada entrando ilegítimamente en un domicilio, o bien que no le lea sus derechos al detenido, o incluso, en el peor de los casos, que realice actuaciones de aún mayor presión sobre el detenido. Nada de eso tiene sentido si no es porque desee que su actuación refuerce su versión sobre la investigación, es decir, el resultado incriminatorio que él cree que existe y del que necesita pruebas que teme no encontrar si respeta los derechos fundamentales. Y de ese modo, una vez vulnerados esos derechos, en realidad puede hacer lo que quiera porque el ciudadano ha quedado completamente desprotegido frente a su poder, que por cierto es el del Estado y, por tanto, es enorme. La que va a prevalecer es la versión del policía, suceda lo que suceda.

Y en esa tesitura, el único medio de evitar que todo acabe en una condena injusta es la denuncia de la ilicitud de la prueba, excluyendo la evidencia vulne-

radora de los derechos fundamentales. Es la única defensa del reo frente a una acusación indebida cuya falsedad no está en condiciones de demostrar, porque es casi imposible revisar *a posteriori* todo el *iter* de la investigación policial en todos sus detalles, más allá de lo que conste en el atestado. Si le quitamos esa defensa, dejamos al reo prácticamente inerme. Su presunción de inocencia queda absolutamente anulada antes incluso de la sentencia.

En definitiva, cuando se vulnera un derecho fundamental el agente actuante entra en un espacio de total clandestinidad que le otorga un ilimitado campo de actuación, lo que resulta peligrosísimo. Siendo ello así, la vulneración del derecho constituye un indicio absolutamente razonable de que el agente está intentando crear un relato que tiene la más amplia oportunidad de introducir en la escena, manipulando la realidad, sembrando una prueba falsa en el proceso que todo el mundo va a dar por auténtica.

En consecuencia, *la vulneración de un derecho fundamental constituye un indicio evidente de falseamiento policial de la realidad.* Por tanto, en ese caso es muy probable que el proceso penal se esté alejando de su principal objetivo final: el descubrimiento de esa auténtica realidad. Y si las cosas son de ese modo, lo que sucede es que el proceso ya no sirve para ese fin, sino que se convierte en un simple juguete en manos de la policía que confirma formalmente, con carácter definitivo, la existencia del vestigio falsamente introducido. De ese modo, la versión policial consigue total firmeza y el reo se queda en la más absoluta indefensión. Y todo ello simplemente porque se considera irrelevante la vulneración del derecho fundamental.

6. Propuesta de excepción única a la regla de exclusión: la notoria realidad de los hechos descubiertos

Es por ello por lo que entiendo que el fundamento principal de la regla de exclusión nunca debió haber sido, ni debe ser en nuestros días, la persecución de un efecto disuasorio. Al contrario, como veremos a continuación, *la razón de ser de la regla de exclusión debe ser el descubrimiento de la realidad*, explicando claramente que cuando se vulneran derechos fundamentales se apartan policías y jueces de dicha realidad, y a partir de ahí ya no ven lo que hay realmente, sino lo que quieren ver, condicionados por ese descubrimiento que, insisto, quizás sea cierto, pero que tiene enormes posibilidades de ser falso o estar al menos manipulado.

Por consiguiente, la regla de exclusión existe como mecanismo para conseguir descubrir la realidad. Al contrario de lo que se ha pensado tradicionalmente, la tortura no sirve para que el torturado declare la veracidad de los hechos, sino

sólo para que el torturador oiga la versión que desea oír. Cuando se entra en un domicilio ilegalmente, la policía está actuando de forma completamente clandestina, sin cobertura judicial, lo que abre un inmenso universo para introducir pruebas falsas. Cuando a un detenido no se le leen o no se respetan de cualquier modo sus derechos, lo que sucede es que se convierte en un individuo absolutamente manipulable, que va a dar la versión de los mismos que más interese al agente que le ha detenido, porque así se lo puede haber recomendado. En cualquiera de estos casos, no solamente no nos acercamos a la realidad, sino que nos separamos irremediablemente de ella.

En consecuencia, las excepciones a la regla de exclusión no deben estar basadas en la mala praxis policial, sino que si se desea evitar dicha mala praxis hay que pensar más bien en las peligrosas consecuencias de la misma: la manipulación de la realidad.

Siendo así, solamente cuando la realidad descubierta sea absolutamente notoria podremos establecer una excepción a la regla de exclusión. Ciertamente, si el policía ha actuado indebidamente debe ser sancionado, como veremos en el próximo epígrafe. Pero esa sanción no puede acarrear siempre el perjuicio para los ciudadanos que se deriva de una expulsión de la prueba en el proceso, con la consiguiente, y frustrante, declaración de inocencia del reo culpable, que nadie en la ciudadanía entiende.

Por ello, en cada caso concreto habrá que estudiar la situación. Si la entidad de lo descubierto es de tal notoriedad que pese a la vulneración de los derechos fundamentales no hay motivo alguno para sospechar de manipulación policial, la prueba no deberá ser expulsada del proceso. Es decir, si por ejemplo un policía revienta una puerta sin orden judicial, ni consentimiento ni flagrancia ni otro pretexto que justifique la existencia de una sospecha fundamentada, pero una vez en el interior se descubren vestigios que el policía no ha tenido manera humana de introducir a hurtadillas, la ilicitud probatoria deberá ser declarada irrelevante, pese a lo cual el policía deberá ser sancionado, como se verá después.

Si una persona es detenida ilegalmente, pero lo que declara se acaba confirmando palmariamente en la realidad y sin ningún resquicio razonable de sospecha de manipulación, lo descubierto no podrá ser anulado, pero el agente deberá ser sancionado, incluso con la expulsión del cuerpo, como veremos, porque una democracia no puede tolerar la presencia en la policía judicial de un agente que practica detenciones ilegales.

En consecuencia, sólo si lo descubierto acaba constituyendo, por las pruebas que lo sustentan, un hecho notorio, podrá evitarse la anulación de la prueba. Lo que quiere decir que lo descubierto será considerado auténtico si no hay

motivo alguno, en absoluto, para dudar de su veracidad. La excepción que propongo, por tanto, es muy exigente. No serviría para avalarla una confianza general en la actuación policial, porque es justamente esta natural confianza la que en ocasiones —muy difícilmente detectables— es aprovechada para introducir pruebas falsas. Por ello, el resultado probatorio obtenido debe situarse al margen de dicha confianza, de manera que sea tan palmario y evidente que resulte irrelevante, a efectos probatorios, si ha existido o no mala fe policial.

De ese modo se salvará la distancia tremenda que existe entre la consideración de la ciudadanía en este sentido, que no entiende que se anulen pruebas auténticas, y la ciencia jurídica, que insiste en dicha anulación para conseguir, en el fondo, un habitualmente ineficaz efecto disuasorio, con no poca polémica entre los operadores jurídicos cuando sucede lo contrario. De ese modo, las aspiraciones ciudadanas, la protección de las personas a través de los derechos fundamentales, y el necesario descubrimiento de los delitos que todos observamos como auténticos porque realmente lo son, quedarán debidamente compensados entre sí en un resultado final ponderado que respete razonablemente todos los intereses en juego.

Aplicando dicha regla de la excepción de la notoria realidad y pasando revista a algunos de los casos más polémicos de la jurisprudencia, que ya han sido citados, se comprobará que el resultado hubiera sido idéntico en ocasiones y completamente diferente en otras, pero en ningún caso irracional.

1. *Boid v. US* (1886)[50]: se trataba de un asunto de contrabando en el que el fiscal del distrito requirió del reo documentación comercial privada, lo que suponía una violación del derecho de aportar pruebas contra uno mismo. Por ello, el Tribunal Supremo revocó la sentencia condenatoria. Esta sentencia es previa a la doctrina del efecto disuasorio y, por tanto, a mi juicio, centra la cuestión en sus propios términos. Cuando un investigador requiere específicamente una documentación de un reo y éste se ve obligado a aportarla, el problema es que el investigador inicia sus pesquisas sesgado, lo que hace que selectivamente se fije solamente en lo que pueda sustentar su acusación. Puede parecer que siendo la documentación requerida real, la investigación debería ser válida, pero ocurre todo lo contrario, puesto que dicha investigación está condicionada desde un principio. A partir de esa aportación de prueba contraria a la presunción de inocencia —como reconoce la propia sentencia—, el reo se sitúa en una situación de indefensión. Aunque aporte otras pruebas en su defensa, existe el riesgo

50. 116 U.S. 616 (1886).

cierto de que nada cambie en la acusación, viéndose el juez condicionado con la misma[51], con el resultado de una sentencia condenatoria injusta.

2. *Bram v. US* (1897)[52]: se había cometido un homicidio en alta mar. Un policía en solitario había interrogado a Bram como sospechoso, lo que sin duda le había dado la posibilidad de inducir su confesión. Obviamente, las posibilidades de alejamiento de la realidad son máximas. La sentencia condenatoria debía ser revocada bajo este punto de vista, como efectivamente lo fue. De hecho, el Tribunal Supremo, aunque entró en una revisión fáctica, aludió expresamente a esta posibilidad de condicionamiento del reo.
3. *Weeks v. US (1914)*[53]: es el primer caso en el que se alude indirectamente al efecto disuasorio (*individual misconduct*)[54]. Se trató de un registro no autorizado del domicilio en el que la policía aprehendió correspondencia del reo, mientras estaba detenido ilegalmente. Nuevamente, las posibilidades de introducción de pruebas falsas son máximas. Se dijo en esta sentencia una frase que ilustra perfectamente todos estos casos: «*While the efforts of courts and their officials to bring the guilty to punishment are praiseworthy, they are not to be aided by sacrificing the great fundamental rights secured by the Constitution.*» Faltó decir la razón última de ello: el distanciamiento de la realidad de los hechos.
4. *Silverthorne Lumber Co. V. US* (1920)[55]: se trata de la primera sentencia sobre la doctrina de los frutos del árbol envenenado. La policía había detenido a dos sospechosos. Durante su arresto entró ilegalmente en sus domicilios ocupando documentación. Tras ello, el tribunal requirió a los reos la entrega de dicha documentación para salvar la ilicitud probatoria. Obviamente, igual que en el caso Boid, el daño ya estaba hecho y todas las posibilidades de manipulación de la realidad estaban abiertas. El Tribunal Supremo anuló correctamente la condena, aunque fundándose indirectamente en el efecto disuasorio.
5. *Nardone v. US* (1939)[56]: en este caso, la prueba supuestamente de cargo había sido adquirida a través de unas escuchas ilegales, lo que favorecía que solamente se hubieran seleccionado de las conversaciones de los reos aquellos datos que fueran incriminatorios, construyendo con ello una acusación falsamente refrendada por pruebas subsiguientes, enfocadas en

---

51. Es el llamado sesgo de confirmación, que describe MYERS, D. G., *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, traducido por de Guillermo SOLANA de *Intuition: its power and perils*, New Haven y Londres 2002, Barcelona 2003, p. 175.

52. 168 U.S. 532 (1897).

53. 232 U.S. 383 (1914).

54. También en el siguiente pasaje, antes reproducido: «*The tendency of those who execute the criminal laws of the country to obtain conviction by means of unlawful seizures and enforced confessions, the latter often obtained after subjecting accused persons to unwarranted practices destructive of rights secured by the Federal Constitution, should find no sanction in the judgments of the courts, which are charged at all times with the support of the Constitution, and to which people of all conditions have a right to appeal for the maintenance of such fundamental rights*».

55. 251 U.S. 385 (1920).

56. 308 U.S. 338 (1939).

una única dirección. La sentencia condenatoria, desde el punto de vista que se está analizando ahora, fue correctamente revocada.

6. *Mapp v. Ohio* (1961)[57]: Es el asunto más célebre del llamado «período Warren» del Tribunal Supremo. La policía solicitó el consentimiento de la Sra. Mapp para entrar en su casa. Se hallaba investigando unos hechos muy inconcretos acerca de atentados con bomba, propaganda política y juego ilegal. La Sra. Mapp les denegó la entrada, pese a lo cual, tres horas más tarde volvieron los agentes con una supuesta orden judicial —que resultó inexistente— entrando subrepticiamente en el domicilio, actuando con brutalidad esposando a la Sra. Mapp y descubriendo finalmente material obsceno —libros y fotos—, por cuya posesión fue condenada. Huelgan comentarios acerca de las enormes posibilidades de manipulación policial en este caso.
7. *Wong Sun v. US* (1963)[58]: la policía detuvo sin razón alguna a una persona de raza china y con pobres conocimientos de la lengua inglesa, simplemente por haber sido señalada por otro sospechoso. El agente actuante también era de ascendencia china. El sospechoso, días después de ser puesto en libertad, compareció voluntariamente ante la policía para realizar una declaración inculpatoria de tráfico de estupefacientes que se negó a firmar, a pesar de reconocer, supuestamente, la veracidad de su contenido. El Tribunal Supremo reconoció un nexo causal entre la detención ilegal y la comparecencia posterior, pero entendió que estaba atenuado por la voluntariedad de la declaración[59]. Obviamente, la posibilidad de presiones policiales durante esos días intermedios es máxima, por lo que el alejamiento de la realidad pudo acaecer efectivamente. La condena fue anulada por insuficiencia probatoria, pero nunca debió el Tribunal Supremo haber declarado la citada atenuación.
8. *Miranda v. Arizona* (1966)[60]: en este archiconocido caso, también de la época de Warren, Ernesto Miranda fue detenido ilegalmente, resultando de tal arresto sin garantías una declaración autoinculpatoria a las pocas horas sin asistencia letrada. Nuevamente, las posibilidades de manipulación eran máximas. El Tribunal Supremo, en consecuencia, anuló debidamente la condena, surgiendo de esta sentencia la célebre guía de lectura de los derechos fundamentales.

---

57. 367 U.S. 643 (1961).

58. 371 U.S. 471 (1963).

59. «*On the evidence that Wong Sun had been released on his own recognizance after a lawful arraignment, and had returned voluntarily several days later to make the statement, we hold that the connection between the arrest and the statement had "become so attenuated as to dissipate the taint." Nardone v. United States, 308 U. S. 338, 308 U. S. 341*». *Vid.* también Trabajo Rueda c. España, 32600/12, 30-5-2017, puntos 29 a 43. Salduz c. Turquía, 36391/02, 27-11-2008, punto 55; Szabó y Vissy c. Hungría, 37138/14, 12-1-2016.

60. 384 U.S. 436 (1966).

9. *Michigan v. De Filippo* (1979)[61]: un policía encontró al reo en un callejón en compañía de una mujer que se estaba bajando los pantalones. El policía procedió a la detención del reo —aunque no había causa probable—, que no supo justificar su presencia en el callejón con la mujer. Durante el cacheo el agente le encontró estupefacientes. El Tribunal Supremo confirmó erróneamente la condena. La posibilidad de introducción de pruebas falsas en una situación semejante era máxima.
10. *US v. Crews* (1980)[62]: el caso ya fue explicado anteriormente. Era el supuesto en que se produjo el llamado «efecto compromiso»[63], al mostrarle la policía a una víctima, días después de los hechos, la foto de una persona cuyas características físicas generales coincidían con el sospechoso (hombre de raza negra de 15 a 18 años de edad, con la piel suave y tonalidad muy oscura). El delito fue un atraco a punta de pistola, por lo que no era descartable el «efecto foco»[64], que también distorsiona la memoria, sin contar con el estrés de la situación, acrecentado por una tentativa de abuso sexual. Se daba la circunstancia de que la policía tomó la foto tras una detención ilegal del sospechoso. Obviamente, cualquier semejanza entre la realidad de los hechos y la declarada en la sentencia podía ser pura coincidencia. No obstante, el Tribunal Supremo confirmó la condena, a mi modo de ver erróneamente, al entender que el recuerdo de la víctima era independiente de la mala praxis policial. La intrahistoria del caso es que otras dos víctimas habían denunciado a un hombre similar actuando en una zona turísticamente emblemática de Washington, por lo que en cuanto apareció en la investigación alguien de estas características —que pueden contarse a miles—, la policía lo detuvo con un pretexto burdo y pudo organizar un escenario incriminatorio.
11. *Nix v. Williams* (1984)[65]: había desaparecido una niña de 10 años. La policía conducía al sospechoso, que se había entregado voluntariamente, al lugar en el que 200 policías estaban rastreando el cuerpo, que era una zona de varios kilómetros en torno al lugar en el que aparecieron ropas de la niña. Durante el trayecto en el coche policial, el sospechoso, tras la persuasión de un agente, se autoincriminó de los hechos y, una vez en el lugar, condujo a la policía hasta el cadáver. El Tribunal Supremo sostuvo que el cadáver hubiera sido localizado inevitablemente y que, por tanto, esa declaración autoinculpatoria realizada ilegalmente por el reo no anulaba la prueba del cadáver. Sin embargo, entiendo que fue erróneo el uso de la excepción del

61. 443 U.S. 31 (1979).

62. 445 U.S. 463 (1980).

63. Diges Junco, M. y Pérez-Mata, N., «La prueba de identificación», *op. cit.*, p. 62

64. Diges Junco, M. y Pérez-Mata, N., «La prueba de identificación», *op. cit.*, p. 50.

65. 467 U.S. 431 (1984).

descubrimiento inevitable en este caso. Es casi imposible que la policía hubiera encontrado el cadáver por sí sola porque el área de búsqueda era amplísima. Como vestigios iniciales sólo existía el testimonio de un niño de 14 años que dijo haber ayudado a Williams a abrir su coche, en el cual colocó un bulto envuelto en una colcha militar del que pudo ver que sobresalían dos piernas delgadas y blancas. La colcha y ropas de la niña fueron encontradas a 130 km del lugar del secuestro y la niña 120 km aún más lejos. La condena debía ser confirmada, ciertamente, pero no con la argumentación del Tribunal Supremo, sino porque la realidad era notoria: nadie sino el autor del hecho podía localizar con esa precisión el cadáver, en el que además aparecieron vestigios que también involucraban a Nix.

12. *New York v. Quarles* (1984)[66]: Una mujer alertó a una patrulla de policía que acababa de ser violada por un hombre armado que estaba en un supermercado cercano. Un agente localizó al hombre en el supermercado, lo esposó y al localizarle una cartuchera vacía, le preguntó dónde estaba el arma, señalando el detenido el lugar. Seguidamente le leyó sus derechos. No se encontraron pruebas de la violación, por lo que el hombre fue condenado por posesión ilegal de armas. El Tribunal Supremo confirmó la condena al no considerar relevante esa ausencia de lectura de derechos por la urgencia derivada de la necesidad de localización del arma, en aras de la seguridad pública —afirma el tribunal que un cómplice o un cliente o un trabajador del supermercado pudiera haber cogido el arma—, habiendo actuado el agente, por tanto, de buena fe. Visto con frialdad, todo el caso parece una farsa monumental. No se consigue demostrar la violación y en una situación en la que el peligro probablemente no era tan grande —el sospechoso se hallaba comprando tranquilamente en un supermercado después de cometer una supuesta violación—, se prescinde de los derechos del detenido. La historia más bien apunta a una voluntad policial de condena del reo derivada de la frustración de no poder demostrar la violación.
13. *US v. Leon* (1984)[67]: la policía había obtenido vestigios de delito de tráfico de drogas bajo la cobertura de una autorización judicial manifiestamente expansiva e inmotivada. El Tribunal Supremo mantuvo que el policía hizo su trabajo de buena fe confiando en la legalidad de la orden judicial, pero lo cierto es que la vulneración judicial de derechos amparaba una actuación policial indiscriminada e incontrolable, que separaba al proceso de la realidad. Lo interesante de este caso es que bajo la perspectiva del efecto disuasorio —el analizado por el Tribunal Supremo—, la condena no podía ser anulada. En cambio, con la teoría del alejamiento de la realidad, la condena debió ser obviamente revocada.

---

66. 467 U.S. 649 (1984).

67. 468 U.S. 897 (1984).

14. *US v. Patane* (2004)[68]: Patane aparentemente había estado acosando a su exnovia, pese a tener una orden de alejamiento. Un agente de policía se personó en su casa, lo detuvo por violar la orden de alejamiento, le informó de su derecho a guardar silencio pero no continuó con la lectura de derechos al decir el reo que ya los conocía. Tras ello, el policía, que tenía una información oficial previa al respecto, preguntó al detenido si tenía una Glock —un tipo de pistola—, a lo que el sospechoso respondió voluntariamente que estaba en posesión ilegal de ese arma, identificando su localización. En consecuencia, Patane fue condenado por esa posesión ilegal. El Tribunal Supremo no consideró relevante que no se le informara de sus derechos toda vez que su declaración fue voluntaria. En cambio, todo apunta a que el agente, ante las posiblemente escasas pruebas del acoso, intentó buscar una excusa para incriminar a Patane a través de algo muy frecuente en EEUU: la posesión de un arma, con la posible finalidad indirecta de que cesara el acoso a la exnovia. El agente, en el marco de esta detención casi clandestina, pudo hacer lo que quisiera. La condena debió haber sido anulada.
15. *Hudson v. Michigan* (2006)[69]: este caso fue descrito antes, consistente en que la policía, actuando con una orden judicial de registro, no respetó la *knock-and-announce rule*, existente para proteger la intimidad y dignidad de las personas[70]. Aunque esta regla tiene excepciones —riesgo de violencia inminente o de destrucción de pruebas o irrelevancia de la espera[71]—, en este caso el Tribunal Supremo no apreció dichas excepciones ni tuvo la regla como relevante por los «costes sociales sustanciales» que tendría aplicarla. El supuesto es complejo, dado que la *knock-and-announce rule* es algo anticuada y, en cierta medida, ilógica y difícilmente operativa, como se dijo en la vista ante el Tribunal Supremo, ante el riesgo que corre el agente de ser disparado, lo que le había ocurrido anteriormente justo al policía actuante en ese caso[72]. Sin embargo, existiendo esta garan-

---

68. 542 U.S. 630 (2004).

69. 547 U.S. 586 (2006). Sobre este asunto *vid.* TOMKOVICZ, J. J., «Hudson v. Michigan and the Future of Fourth Amendment Exclusion», *Iowa Law Review,* 93, 2008, pp. 1819. ALSCHULER, A., «The Exclusionary Rule and Causation: Hudson v. Michigan and Its Ancestors», *Iowa Law Review*, 93, 2007-2008, pp. 1741 y ss. DAVIES, S. L. y SCANLON, A. B., «Katz in the Age of Hudson v. Michigan: Some Thoughts on "Suppression as a Last Resort"», *University of California, Davis Law Review*, volumen 41, 2008, pp. 1035 y ss.

70. «(...) *the knock-and-announce rule protects those elements of privacy and dignity that can be destroyed by a sudden entrance. It gives residents the "opportunity to prepare themselves for" the entry of the police*».

71. «*We recognized that the new constitutional rule we had announced is not easily applied. Wilson and cases following it have noted the many situations in which it is not necessary to knock and announce. It is not necessary when "circumstances presen[t] a threat of physical violence," or if there is "reason to believe that evidence would likely be destroyed if advance notice were given," id., at 936, or if knocking and announcing would be "futile," Richards v. Wisconsin, 520 U. S. 385, 394 (1997)*».

72. Acta de la vista ante el Tribunal Supremo de 9 de enero de 2006, en: www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/04-1360.pdf.

tía, debe ser respetada y solamente se puede pasar por alto si, como se está analizando, la realidad descubierta es notoria. Ese podría haber sido el caso si en el registro se hubieran descubierto, según sostiene la sentencia, «grandes cantidades de droga», así como un arma. Pero por el contrario, esas cantidades eran en realidad bastante pequeñas —sólo 20 piedras de crack entre siete personas, de las que cinco fueron halladas en los pantalones de Hudson[73]—, de manera que no puede descartarse una introducción ilegítima de la policía. Por ello, la condena debiera haber sido revocada, resultando peligrosísima esa excusa para el cumplimiento de los derechos fundamentales derivada de los «costes sociales sustanciales», que amenaza con ser expansiva.

16. *Herring v. US* (2009)[74]: un agente de policía quería detener con una mera hipótesis intuitiva a Herring, quien era un sospechoso habitual. Dicho agente contactó con sus compañeros para comprobar si existía alguna orden de detención contra él para poder arrestarle por algún motivo, localizando finalmente una orden por un delito no especificado. El sospechoso fue detenido, localizándosele una pequeña cantidad de metanfetamina y un arma. Sin embargo, esa orden de detención había sido anulada hacía cinco meses, lo que aparentemente era desconocido para los policías actuantes, anulación que fue descubierta entre 10 y 15 minutos después de la detención. El Tribunal Supremo mantuvo la condena, pero las altísimas posibilidades de manipulación de la realidad debieron haber conducido a su revocación.
17. *Utah v. Strieff* (2016)[75]: Igual que en el caso anterior, un agente quería detener a una persona (Strieff) que le pareció sospechosa sin poder fundamentarlo más allá de su propia intuición, así como por el hecho de que le había visto salir de una casa que hacía una semana que estaba vigilando como consecuencia de una denuncia anónima de tráfico de drogas. El agente dio el alto a Strieff y le preguntó por su identidad, contactando acto seguido con la central para comprobar si había una orden de detención sobre el sospechoso, apareciendo una por un delito de impago de un ticket de parking. Hay que aclarar que este tipo de órdenes son muy frecuentes, sobre todo por el impago de multas de tráfico. El agente procedió entonces a la detención, interviniéndole algunas pequeñas cantidades de estupefacientes durante el cacheo. La evidente desconexión entre el delito de la orden de detención y el ilícito sospechado por el policía —tráfico de drogas— evidencian a mi juicio una posibilidad enorme de falseamiento de la realidad, al margen de la mala fe policial: Todo apunta a que el agente

73. Moran, D. A., «The End of the Exclusionary Rule, Among Other Things: The Roberts Court Takes on the Fourth Amendment», *Cato Supreme Court Review*, 2005-2006, p. 297.

74. 555 *U.S.* 135 (2009).

75. 579 U.S., 136 S. Ct. 2056 (2016).

> sólo buscaba una excusa para detener a un ciudadano. Sin embargo, el Tribunal Supremo revocó la sentencia del Tribunal Supremo de Utah y aceptó la prueba que este tribunal había excluído, es decir, el hallazgo del estupefaciente. Pero como puede deducirse fácilmente, la prueba debió haber sido rechazada.

Al margen de que se observa una clara tendencia jurisprudencial muy restrictiva de los derechos fundamentales[76] después del polémico caso Miranda v. Arizona, se demuestra con todo lo anterior que la violación de un derecho fundamental es, en primer lugar, absolutamente innecesaria para realizar una correcta investigación. Pero lo que resulta más alarmante es que analizando la pequeña historia de todos estos casos, se confirma a las claras que existen muchas veces rastros evidentes de manipulación policial de la realidad, lo que ratifica la conclusión que antes se expuso: la vulneración de derecho fundamental constituye un indicio evidente de alteración de la realidad, salvo que dicha realidad sea notoria, como ocurrió en el caso Nix c. Williams[77]. Por ello, desde este punto de vista, la prueba vulneradora de derechos fundamentales, con la sola excepción referida, debe ser anulada sin contemplaciones, pero no para perseguir un efecto disuasorio, sino porque la prueba tenía grandes posibilidades de ser falsa, lo cual es contrario tanto al derecho de defensa como a la presunción de inocencia.

7. La sanción al policía infractor

La vulneración de un derecho fundamental no es un hecho irrelevante, sino que es la mayor agresión existente al ordenamiento jurídico, puesto que la protección de derechos fundamentales es la parte más importante del mismo. Además, se debe suponer en la policía un perfecto conocimiento de dichos derechos, puesto que trabajando los agentes con una materia tan sensible, deben tener una formación de excelencia, no solamente en el contenido esencial de los derechos, sino también en los procedimientos de investigación para conseguir siempre una actuación netamente depurada.

Para ello es imprescindible una instrucción precisa en el conocimiento del doble requisito de validez de las actuaciones policiales, que ya fue explicado anteriormente, así como en argumentación fáctica, es decir, en epistemología, a fin de que el policía no solamente aprenda a justificar debidamente y por escrito sus sospechas, sino para que sepa con facilidad cuándo se halla ante una

---

76. Sobre todo bajo la influencia de Warren BURGER. *Vid.* HENSLEY, T. R., *The Rehnquist Court*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

77. 467 U.S. 431 (1984).

hipótesis que puede fundamentar y cuándo ante una simple intuición que, por mucha convicción íntima que le otorgue, no va a ser capaz de motivar. En este sentido, la regla es sencilla: la sospecha que la policía pueda motivar debidamente legitimará a los agentes para la realización de actuaciones restrictivas de derechos fundamentales. Si su hipótesis no pasa de una mera intuición o sensación, la policía deberá seguir investigando a través de mecanismos que no provoquen lesión relevante alguna de derechos. Y si tras esa investigación no se encuentra nada, deberá abandonarse esa línea de investigación.

Y es que éste último es el momento más peligroso. El policía, frustrado por el fracaso de sus esfuerzos investigadores, puede sentir la tentación de traspasar los límites llevado por un exceso de celo o voluntad de eficacia que puede estar incluso movido frecuentemente por la buena fe. Sin embargo, el agente debe ser consciente de su posición en el ordenamiento jurídico, sobre la cual también hay que instruirle: el policía debe saber que no es el protagonista del proceso penal, sino que sólo es un mero —aunque obviamente muy relevante— colaborador de fiscales y jueces. Pues bien, sólo a estos últimos corresponde determinar una acusación y una condena respectivamente, y no al agente de policía. La policía no debe hacer juicios de valor en este sentido —mucho menos ante la prensa—, sino solamente presentar el resultado de sus investigaciones a los órganos citados. Y jueces y fiscales no deben asumir sin más las investigaciones policiales, porque de lo contrario es la policía —y no el fiscal y el juez respectivamente— quien acaba acusando y condenando. Fiscales y jueces tienen que comprobar las hipótesis policiales, la licitud de los vestigios hallados y practicar actividad investigadora y probatoria a fin de confirmar o descartar las conclusiones policiales.

Finalmente, visto que la anulación de las investigaciones no opera como eficaz efecto disuasorio, hay que pensar en otras medidas para conseguir una buena praxis policial. Al margen de la formación de los cuerpos, en la que siempre hay que insistir, estimo que en los casos más graves —detenciones ilegales y registros injustificados—, el policía debe ser apartado del cuerpo. Un agente que vulnera los derechos fundamentales que está llamado a defender, no merece formar parte de la institución policial. Obviamente habrá que establecer gradaciones en la sanción en función de su gravedad, pero estas sí deben ser —y serán— claramente disuasorias.

De ese modo, un policía solamente podrá realizar una diligencia restrictiva de derechos fundamentales cuando esté en plena consciencia de hallarse ante una sospecha fundamentada. Siempre deberá requerir una orden judicial —que debe emitirse con extraordinaria celeridad—, y sólo cuando la urgencia del caso no lo permita, urgencia que deberá justificar debidamente, podrá actuar de propia autoridad. De lo contrario habrá que requerir el consentimiento del sujeto pasi-

vo, que debe constar de manera inequívoca, para lo que debe dotarse a la policía de los medios tecnológicos que permitan acreditar esa realidad.

Si no existen la urgencia ni el consentimiento, el policía nuevamente deberá ser sancionado, aunque esta sanción no habría de ser tan severa si concurre la sospecha fundamentada. Las situaciones de urgencia no son fácilmente valorables en muchas ocasiones por razones operativas, estando implicada sobre todo la seguridad del agente o la eficacia de la actuación policial. Tampoco es fácil la apreciación del consentimiento en ocasiones de sospechosos que no hablan la lengua oficial, o bien que simplemente prestan un consentimiento implícito viciado, acuciados por la presencia policial. Es preciso observar cada caso concreto con los parámetros ya ofrecidos.

Lo que no es excusable, en conclusión, es la existencia de una sospecha fundamentada. No es solamente el respeto por los derechos fundamentales lo que está en juego, sino la propia eficiencia de la labor policial, que aunque parezca lo contrario a veces, se pierde cuando se siguen hipótesis falsas o se empeña el agente en una línea de investigación que no da frutos, apareciendo en ese momento el impulso de querer encontrar el vestigio como sea. Ese es justamente el peligro que debe evitarse[78].

78. Este artículo está dedicado a los alumnos de la primera edición (2017) del Máster de Razonamiento Probatorio de la *Universitat de Girona.*

La perspectiva procesal del decomiso

Lorenzo M. Bujosa Vadell
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

1. Introducción

Sin pretender entrar en cuestiones de naturaleza jurídica, a las que habrá que referirse después, la primera idea intuitiva del decomiso o la confiscación es la de la privación de determinados bienes, que pueden ser los instrumentos con los que se haya cometido el delito o, con mayor interés para lo que estamos tratando, aquellos otros que se han obtenido a partir de la comisión del delito, se trate de dinero u otros efectos, de cosas muebles tales como joyas u obras de arte o incluso de bienes inmuebles[1].

Como recordaré en las páginas que siguen, la privación de tales bienes se convierte en una pieza fundamental para la efectiva persecución de la delincuencia, sobre todo de la criminalidad organizada, sea terrorista o mafiosa, con todas las variantes posibles, pues, por un lado, los elementos de financiación son un elemento central en todo el organigrama funcional de cualquier organización de este tipo, y por otro, en muchos casos, hay una clara finalidad de enriquecimiento ilícito que el ordenamiento jurídico no puede permitir.

Sin perjuicio de aludir a algunas cuestiones directamente penales, el objeto de este estudio se centra en la amplia perspectiva procesal que se deriva de esta problemática. Por ello, tras resaltar con brevedad cómo se ha ido configurando el concepto de decomiso o confiscación tanto en el contexto internacional como en el nacional y su tratamiento material, de inmediato se expondrán los

1. El Diccionario de la Lengua Española (DLE) de la RAE define el «decomiso» en tres acepciones: la primera como «cosa decomisada», es decir, lo obtenido por la acción de decomisar; la segunda, directamente penal, aunque discutible: «*Pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta*»; y, finalmente, en cuanto a la tercera, nos deriva ya hacia otros derroteros más alejados, tanto de la actualidad jurídica, como del objeto de nuestro análisis: «*En la enfiteusis, derecho de dueño directo para recobrar la finca por falta reiterada de pago de la pensión u otros abusos graves del enfiteuta*».

avances que, tanto desde la perspectiva propiamente internacional, como desde la del Espacio Judicial Europeo y, sobre todo, desde las normas internas españolas, han tratado de perfeccionar y de procurar mayor eficacia —no sin problemas— al modo de aplicar a través del proceso estas medidas, que ni son en puridad penas, ni entran en el viejo concepto de resarcimiento civil que se deriva de la comisión de unos hechos delictivos.

Contamos con novedades normativas relativamente recientes como la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea[2]; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo[3], o más directamente, la Ley 41/2015, que introduce normas específicas al respecto en nuestra vieja LECrim[4]. Todo ello nos coloca ante un panorama sugerente, que es propicio examinar.

2. El decomiso o la confiscación y la criminalidad organizada

En el contexto de una sociedad mundial relativamente globalizada la criminalidad tiene escasas dificultades para superar los límites de las fronteras entre Estados, es obvio que mientras los delincuentes encuentran sus cauces fluidos y ocultos, la persecución penal atenida a las normas vigentes se topa con serios problemas, de naturaleza no sólo jurídica, sino también política. Los avances en la construcción de un Espacio Judicial Europeo son un ejemplo claro de vías de superación de tales limitaciones, que han llevado su tiempo, pero que han facilitado una mayor adecuación a una realidad delincuencial muy transformada.

La obtención de beneficios económicos a través de la infracción de las normas penales y el aprovechamiento de las fronteras como obstáculos para facilitar que los delincuentes escapen de las consecuencias jurídicas no son, en absoluto, circunstancias novedosas. Muchos de los tipos penales clásicos tienen un trasfondo patrimonial y desde siempre el delincuente que ha podido huir de la justicia penal simplemente cambiando de país lo ha hecho.

---

2. DOUE L 127, de 29 de abril de 2014, pp. 39-50.

3. Como es bien sabido, se trata de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE número 77, de 31 de marzo de 2015.

4. Es, naturalmente, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. BOE número 239, de 6 de octubre de 2015, pp. 90220-90239, cuyo apartado décimo del artículo único introduce en el Libro IV un nuevo Título III ter con la rúbrica: «De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo».

En estos casos de delincuencia individual parece lógica la consecuencia legal de la privación de los efectos del delito y de los beneficios obtenidos a través de su comisión. La confiscación de esos bienes no es, por supuesto, una solución contemporánea, sino una medida que debe seguir necesariamente a la constatación de la responsabilidad criminal por parte de los órganos jurisdiccionales competentes. La idea del decomiso dista, por tanto, de ser una medida novedosa. Tampoco lo son las discusiones acerca de su naturaleza.

Al aplicarse cuando una sentencia de condena declara que una determinada persona ha cometido una concreta infracción criminal, podría afirmarse que se trata de la aplicación de una pena. No es, desde luego, como la tradicional privación de libertad, consecuencia penal por excelencia ante la comisión de delitos, pero recordemos que el propio DLE califica al decomiso como «pena», aunque de inmediato la califica de «accesoria». ¿Estaría pues entre las llamadas penas alternativas que tienden a un mayor respeto al derecho a la libertad aplicando el criterio del legislador de la privación como pena sólo en los supuestos en que las consideraciones de proporcionalidad lo permitan?[5]

Por otra parte, al referirse a cuestiones patrimoniales o económicas, podríamos acercarla en apariencia a las consecuencias resarcitorias que se derivan de la comisión de delitos. Pero si se observa el contenido del decomiso nada tiene que ver con una compensación o resarcimiento de los eventuales daños, que en realidad no sería incompatible con él, pero que tiene otra naturaleza. No se trata de compensar por ninguna pérdida patrimonial, ni siquiera por ningún daño moral[6], sino de privar al autor de los hechos de los instrumentos utilizados para su comisión, y asimismo evitar un enriquecimiento injusto obtenido a través de la infracción de las normas penales.

Suele ocurrir, además, que precisamente ese incremento patrimonial antijurídico es la finalidad central que ha llevado al delincuente a la comisión del delito. Por tanto, parece esencial que, tanto de la perspectiva de la prevención general, como de la prevención especial, la privación de esos beneficios sea una consecuencia derivada de la constatación de la infracción misma y de su auto-

---

5. Sanz Mulas, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades españolas y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000, examina, aparte de la *non intervention*, es decir, la posible inaplicación de consecuencias penales ante la comisión de infracciones de esa naturaleza, la suspensión condicional de la pena privativa de libertad o la sustitución de la misma, la pena de multa, los trabajos en beneficio de la comunidad o las penas privativas de derechos, pero no el decomiso o la confiscación.

6. Es llamativo como el difícilmente asible concepto de «daño moral» nos va acercando a perspectivas restaurativas, en las que el perdón del ofendido, la reconciliación, etc., se entienden como soluciones no tanto de resarcimiento civil, sino más bien a compensaciones penales, o por lo menos sustitutivas de las penales. *Vid.* Zehr, H., *The little book of Restorative Justice, Intercourse*, PA, 2002, pp. 22-25; Johnstone, G., «How, And InWhat Terms, Should Restorative Justice Be Conceived?», en Zehr, E. H. y Toews, B. (Eds.), *Critical Issues in Restorative Justice*, Monsey, NY, 2004, pp. 5-15; Barona Vilar, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 149 y ss.

ría. Esa justamente es la posición que adopta el Código Penal, pues no contempla el decomiso en la Sección 5.ª («Penas accesorias»), del Capítulo 1º («De las penas, sus clases y efectos»), del Título III («De las penas»), dentro del Libro I, que empieza por darnos una pista en su encabezamiento mismos: «Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y *demás consecuencias de la infracción penal*».

En efecto, aparte de la regulación general sobre las penas, de la previsión de las privativas de libertad, de las privativas de derechos, de la multa, de las accesorias («*suspensiones de empleo o cargo público y determinadas inhabilitaciones o prohibiciones*»), de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional, de las medidas de seguridad y de la incorrectamente llamada «responsabilidad derivada de los delitos»[7], e incluso de previsiones sobre las costas penales[8]; aparte de todo ello, el Título VI se dedica precisamente a las «consecuencias accesorias», que es donde se contiene una regulación pormenorizada del decomiso, ampliada notablemente tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (arts. 127 a 129 bis CP)[9].

En consecuencia, se dispone en el primero de tales artículos que «*toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*»; en los casos de delitos impudentes que lleven aparejada una pena privativa de libertad será el juez o tribunal el que tendrá la facultad de acordar lo mismo. Y se prevé una regla subsidiaria en caso de imposibilidad de decomiso de los bienes antes referidos: «*se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición*». En los artículos siguientes hay otras disposiciones interesantes con destacadas consecuencias procesales, que por necesidades sistemáticas serán puestas de manifiesto en un epígrafe posterior.

---

7. Ya nos enseñó hace tiempo Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal: de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria*, Bosch, Barcelona, 1947, que la responsabilidad civil no deriva del delito, sino de los hechos que sirvieron de base del delito mismo.

8. Por muy larga que sea la tradición del Código Penal de regular la responsabilidad civil *ex delicto* y las costas procesales penales, a un procesalista le resulta evidente que no el texto más adecuado para hacerlo.

9. Es verdad que esto es decir poco, pues la expresión «consecuencias accesorias» es una referencia abstracta, excesivamente amplia y que nada nos define respecto a la naturaleza de lo contenido en ella. *Vid.* al respecto Rodríguez García, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 141-143.

Por otro lado, hay en el Código Penal vigente algunas referencias más concretas al decomiso, especialmente como condición —no exclusiva— para la aplicación de formas sustitutivas de la ejecución de penas privativas de libertad, pero también con respecto a tres categorías de delitos: delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.3 CP); delitos contra la salud pública (art. 362 sexies CP) y delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 374 CP).

Es fácil desprender de todo ello que el decomiso o la confiscación se refiere por lo menos a dos cosas distintas, aunque en todas ellas haya una privación de la posesión, o en algunos caso posiblemente también de la propiedad: por un lado, se habla de la privación de los efectos, bienes, medios o instrumentos con los que se ha cometido el delito, no sólo con una finalidad preventiva —evitar la comisión de otros nuevos—, sino también porque integran lo que en nuestro ordenamiento tradicionalmente se ha conocido como «cuerpo del delito», es decir, son fuentes de prueba que podrán ser utilizadas en su caso como medio para contribuir a acreditar cómo se ha podido cometer los hechos.

Por otro lado, nos referíamos antes al objetivo clave de privar a los delincuentes de beneficios injustos, precisamente por ser obtenidos a través de la comisión de delitos, y con frecuencia de su comisión de manera generalizada y a través de estructuras organizativas opacas y complicadas. Conseguir que la persecución penal llegue a determinar cuáles son, dónde se encuentran y quiénes son los titulares reales de estos bienes supone alcanzar el corazón de la organización delictiva.

Como fácilmente alcanzamos a apreciar, en muchos de estos delitos que se acaban de mencionar la dimensión estrictamente individual se encuentra muy superada. Los negocios clandestinos cuya finalidad fundamental es el enriquecimiento rápido de sus autores se cometen a través de complejas redes de criminalidad organizada[10], entre puntos geográficos lejanos comunicados a través de redes informáticas enrevesadas y de muy difícil penetración desde el exterior[11]. Estos rasgos criminológicos tienen directas consecuencias procesa-

---

10. Giddens, A. y Sutton, P.W., *Sociología*, Alianza, Madrid, 2013, pp. 1069-1073, afirman que «*la expresión "crimen organizado" denomina ciertos tipos de actividades que presentan muchos rasgos de los negocios convencionales pero que se basan en transacciones ilegales. En el crimen organizado se encuadran el contrabando, el juego ilegal, el tráfico de drogas, la prostitución, el robo a gran escala, y las formas de protección mafiosa, entre otras actividades. Con frecuencia se basan en la violencia o en la amenaza para llevar a cabo sus actividades. Aunque lo tradicional ha sido que el crimen organizado se desarrollara dentro de cada uno de los países, adoptando formas concretas desde el punto de vista cultural, cada vez tiene un carácter más transnacional*».

11. Berdugo Gómez de la Torre, I., *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 146, afirma que «*En síntesis, esta manifestación de la internacionalización del Derecho penal está ligada a la propia evolución de las formas de la criminalidad y hoy aparece muy vinculada especialmente al mayor potencial lesivo de las formas de criminalidad organizada, que se manifiesta muchas veces en comportamientos que*

les, pues dificultan claramente la investigación penal, hacen necesaria la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en especial relativas a la interceptación de comunicaciones de diverso tipoy nivel, exigen conocimientos de ingeniería financiera, de técnicas novedosas de «levantamientos de velo» y de imprescindibles nuevas formas de cooperación internacional[12], entre otras cuestiones relativas a las peculiaridades del enjuiciamiento, y en particular a la prueba.

3. La perspectiva internacional

Las dimensiones internacionales del problema aparecen obvias. Pero también desde la perspectiva exterior es posible analizar brevemente tres panoramas distintos. Así, será necesario observar cómo en las relaciones intergubernamentales se han concretado instrumentos normativos que prevén la aplicación de medidas de confiscación y decomiso. Un ejemplo especialmente importante de estos tratados merece una consideración aparte: nos referimos al Estatuto de Roma, que establece interesantes normas específicas sobre la materia de nos ocupa. Finalmente, ya en una dimensión mucho más cercana, es imprescindible tener en cuenta la importante la labor que, tanto desde el plano material, como del propiamente procesal, se ha realizado en el ámbito de la Unión Europea, con consecuencias relevantes en nuestro Derecho interno.

3.1. La aplicación del decomiso en los tratados internacionales

Si nos limitamos al análisis de los tratados internacionales multilaterales en el ámbito de las Nacionales Unidas, nos interesan cuatro de ellos, que contienen normas específicas sobre la aplicación del decomiso a distintos grupos de delitos, en el sentido que ha se ha avanzado más arriba.

En primer lugar, la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988[13], con el objetivo de promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional y

---

se desarrollan en los territorios de distintos Estados. Dentro de ellos, tienen particular relevancia, pero no sólo, determinadas manifestaciones de la criminalidad económica…».

12. *Vid.* González Monje, A., *Cooperación jurídica en materia penal e intervención de comunicaciones como técnica especial de investigación*, Comares, Granada, 2017.

13. Instrumento de ratificación publicado en BOE número 270, de 10 de noviembre de 1990, pp. 33062-33074.

adoptar las medidas necesarias comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

Aparte del compromiso de tipificar en su ordenamiento interno determinadas infracciones penales, así como la aplicación de algunas sanciones y medidas en particular, contiene, entre otras, algunas disposiciones de naturaleza procesal relativas al ejercicio de la jurisdicción nacional («competencia»), a la extradición, a la asistencia judicial recíproca, a la remisión de actuaciones penales y a otras formas de cooperación y capacitación o la entrega vigilada. Nos interesa por supuesto, el artículo 5, relativo al decomiso.

Las Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos, con miras a su eventual decomiso. Para ello se obligan a facultar a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, sin posibilidad de ampararse en el secreto bancario. A ello siguen una serie de normas procedimentales de cooperación entre los Estados parte, para lo cual, ante una solicitud deberán dictar un «mandamiento de decomiso». La solicitud debe estar fundamentada, debe concretar los bienes a decomisar o, en su caso, el alcance de la ejecución que se solicita, así como las medidas preventivas que se estimen necesarias.

Como vemos, se trata de compromisos internacionales dirigidos a cooperar en la investigación penal, en la aplicación de medidas dirigidas a la afección o a la incautación de determinados bienes susceptibles de decomiso. Las decisiones deben adoptarse conforme al Derecho interno, aunque éste debe haberse adecuado a las obligaciones internacionales, seas bilaterales, sean multilaterales[14].

Se contempla la previsión de que el producto del delito se haya transformado o convertido en otros bienes, lo cual no impedirá la aplicación de las normas previstas en la Convención. Si el producto se ha mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, se permite el decomiso hasta el valor estimado del producto mezclado.

---

14. Se establece la posibilidad de concertar acuerdos bien para aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto y de dichos bienes, o de los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; bien para repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.

Por lo que se refiere al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999[15], partió de la constatación de que la financiación del terrorismo es motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional, que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas y que, hasta ese momento, los instrumentos jurídicos multilaterales vigentes no se referían explícitamente a la financiación del terrorismo, y ahora consideran una necesidad urgente la intensificación de la cooperación internacional entre los Estados con el fin de medidas eficaces y prácticas en este sentido.

Este texto procede a establecer una armonización penal material respecto a los delitos de financiación del terrorismo[16], incluida la exigencia de responsabilidad a personas jurídicas. Es el artículo 8 el que nos interesa para esta exposición, pues es el que establece la obligación de adoptar las medidas necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos internos, para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos a los que se refiere el convenio, así como el producto obtenido de esos delitos, a los efectos de su posible decomiso. Respetando los mismos principios, se obligan a adoptar las medidas necesarias para el decomiso de los fondos utilizados o asignados para cometer tales delitos y del producto obtenido a través de su comisión[17].

Los Estados parte se comprometen a investigar los hechos, a respetar los derechos del implicado, a aplicar el principio *aut dedere aut iudicare,* es decir, a extraditar al investigado o, en caso de no hacerlo, a enjuiciarlo según las normas del Estado en el que se encuentra. Son especialmente interesantes algunas medidas que se establecen, en todo caso, en el artículo 18, dirigidas a la prevención de la comisión de los delitos a los que se refiere este convenio, y que implican un control especial de operaciones financieras con intercambio de informaciones precisas y corroboradas. Como es evidente, toda información va a ser de gran utilidad en caso de tener que aplicar medidas confiscatorias[18].

---

15. Instrumento de ratificación publicado en BOE número 123, de 23 de mayo de 2002, pp. 18361-18369.

16. Aunque excluye, en principio, del ámbito de su aplicación los casos en que el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente sea nacional de ese Estado y se encuentre en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción.

17. Se permiten aquí también acuerdos para compartir con otros Estados Partes, por norma general o en cada caso, los fondos procedentes de los decomisos previstos en el presente artículo y el establecimiento de mecanismos mediante los cuales los fondos procedentes de los decomisos previstos en el presente artículo se utilicen para indemnizar a las víctimas o a sus familiares.

18. El anexo del Convenio se refiere a los siguientes:
1. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.
2. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

De ineludible interés es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, más conocida como Convención de Palermo, aunque fue hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000[19], que tuvo el propósito declarado de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente este tipo de delincuencia grave[20]. Se define en ella el decomiso como la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente. El texto internacional se preocupa del respeto a los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

Además de la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, requiere también la del blanqueo del producto del delito y establece medidas contra el mismo, así como la sanción penal de la corrupción también con previsión de medidas particulares. En esta Convención se dedican numerosos preceptos a especialidades procesales de aplicables a la criminalidad organizada y que han sido, con mejor o peor fortuna, vertidos a la legislación interna. Pero, al margen de ellos, son los artículos 12, 13 y 14 los relativos a los diversos aspectos del decomiso de productos del delito o de su valor, así como de los bienes, equipo u otros instrumentos dirigidos a la comisión de los delitos previstos en esta convención.

Los Estados parte se obligan adoptar las medidas necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquiera de los bienes mencionados a los efectos de un eventual decomiso. Tales medidas también serán aplicables a otros bienes en los que se hayan podido

---

3. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.
4. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.
5. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980.
6. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.
7. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.
8. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
9. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.

19. Instrumento de ratificación publicado en el BOE número 233, de 29 de septiembre de 2003, pp. 35280-35297.

20. Esta Convención cuenta con tres protocolos: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

transformar o convertir el producto del delito. También aquí se prevé el decomiso del valor estimado, cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas y las medidas que se prevean serán aplicables también a este tipo de decomisos.

No se detiene, sin embargo, en la previsión de medidas genéricas, sino que establece que cada Estado parte debe facultar a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que tampoco aquí sea oponible el secreto bancario. De manera mucho más cauta, permite que los miembros puedan considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas. Sobre esta interesante inversión de la carga de la prueba se tratará al examinar la legislación española vigente.

Como es esperable en un convenio internacional multilateral de esta entidad, también en la Convención de Palermo se establecen normas detalladas sobre cooperación internacional a los fines del decomiso. Se establece que al recibir la solicitud de otro Estado parte[21] será remitida a las autoridades competentes para obtener lo que aquí se denomina una «orden de decomiso». El Estado requerido deberá proceder a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos relacionados con las actividades delictivas a las que nos estamos refiriendo. Las normas procedimentales serán las del Derecho interno.

Una vez obtenido el producto del delito o los bienes decomisados, el artículo 14 establece que los Estados dispondrán de ellos según su normativa interna, pero si se ha atendido a una solicitud presentada por otro Estado parte, en la medida que su legislación lo permita y sea requeridos para ello, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del

21. Conforme al artículo 13, cuando se trate de una solicitud relativa a la remisión de una solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso, deberá contener una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su Derecho interno; cuando se trate de una presentar a sus autoridades competentes la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente, será precisa una copia de la orden de decomiso expedida por ese Estado en la que se base la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden; por último, cuando se trate de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, deberá presentarse una exposición de los hechos en que se basa el Estado parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos[22].

Por último, nos interesa la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, más conocida como Convención de Mérida[23], que manifiesta de manera destaca su preocupación por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, por la nocividad particular del enriquecimiento personal ilícito para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley, así como por la necesidad de prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos.

Sin embargo, la regulación genérica del decomiso carecería de originalidad si no fuera porque se refiere de manera específica a la categoría de las infracciones criminales englobables en el término amplio de «corrupción»[24]. Es necesario, no obstante, prestar atención al capítulo V, relativo a la recuperación de activos, considerado como principio fundamental. En esta sección se contempla la prevención y detección de transferencias del producto del delito; la adopción de las medidas necesarias para la recuperación directa de bienes; mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso (incluida la posibilidad de adoptar medidas sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados); así como otras normas cooperación internacional para fines de decomiso, incluidas normas especiales para remitir a otro Estado parte información sobre el producto de delitos, incluso en el caso de que no la haya solicitado, disposiciones sobre restitución y disposición de activos, incluida la devolución a sus legítimos propietarios o a indemnización de las víctimas del delito. Por último, se ofrece a los Estados parte la consideración de la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y

22. Conforme al artículo 14 de la Convención de Palermo, los Estados parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en el sentido de aportar el valor del producto del delito o de los bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes o una parte de esos fondos, a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas y a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada; o bien repartirse con otros Estados Parte, sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos.

23. Instrumento de ratificación publicado en el BOE número 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132-27153.

24. Como señala Rodríguez García, N., *El decomiso…*, *op. cit.*, p. 63, «*al estar tan reciente la Convención de Palermo, se utilizan las mismas fórmulas que en ella para regular en el art. 31 CNUC los aspectos básicos del decomiso*».

dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas.

3.2. El decomiso en el proceso ante la Corte Penal Internacional

De manera muy poco sistemática, el artículo 109 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI)[25] introduce unas breves disposiciones aplicables a la ejecución de condenas al pago de multa o, asimismo, de lo que denomina «órdenes de decomiso». En el artículo 77 ECPI, junto a las penas privativas de libertad a las que denomina de manera unificada como «reclusión», en su apartado segundo contempla la imposición de penas de naturaleza distinta: por un lado, la de multa, y por otro, el decomiso del producto, los bienes y haberes procedentes directa o indirectamente del delito de cuyo enjuiciamiento se trate. Siguiendo el modelo anglosajón que ya criticara ALCALÁ-ZAMORA respecto al proceso ante el Tribunal de Nürnberg[26], no se establecen criterios objetivos y determinados para la fijación concreta de las penas, sino que debe ser la Sala de Primera Instancia la que fijará la pena que proceda imponer y las demás consecuencias jurídicas[27].

Como es evidente es también aquí se hace imprescindible la cooperación de los Estados con respecto a la ejecución de las disposiciones del fallo de una sentencia condenatoria de la Corte Penal Internacional (CPI)[28]. Aquí no se trata de que la propia Corte no tenga establecimientos propios para el cumplimiento de las condenas, sino que el objeto sobre el que recaen este tipo de penas necesariamente se encontrará en un territorio determinado de algún Estado —no necesariamente Estado Parte, lo cual por supuesto puede ocasionar problemas—. En este sentido el artículo 109 ECPI comienza con la articulación de un

---

25. Instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, y publicado en el BOE número 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18824-1860.

26. *Vid.* ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., «Enjuiciamiento de crímenes de guerra», *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974, pp. 592-597. *Vid.* también GIMENO SENDRA, V., «La experiencia de los "Juicios de Nürenberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional», *La Ley*, 1998, tomo 1, pp. 1766-1768.

27. Por otra parte, el apartado segundo del artículo 76 viene a establecer que, salvo los casos en que se produzca una declaración del acusado conforme al artículo 65 ECPI, la SPI podrá convocar de oficio una nueva audiencia a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena. En principio se trata de un trámite facultativo, que puede convocar discrecionalmente la Corte. Sin embargo, tendrá que hacerlo necesariamente si lo solicitan el fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia.

28. Como señalan KREß, C., y SLUITER, G., «Preliminary remarks (Enforcement)», en CASSESE, A. GAETA, P. y JONES, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the Internatcional Criminal Court: A Commentary*, volumen II, Oxford University, Oxford, 2002, p. 1752, en este punto es especialmente importante la interpretación conjunta de lo dispuesto en la parte 10 (artículo 109) con numerosas normas de la parte 9, relativa a la cooperación: «*On a higher level of abstraction, Parts 9 and 10 must be seen as the two branches of legal cooperation between the States and the ICC*».

nuevo deber para los Estados Partes: el de hacer efectivas las multas u órdenes de decomiso decretadas por la Corte.

A los efectos, pues, de las ejecuciones de multas y órdenes de decomiso, se contempla que la Presidencia de la Corte, en cuanto proceda, es la encargada de recabar la cooperación necesaria de los Estados, pidiendo la adopción de las medidas contenidas en la Parte IX que sean pertinentes. En este sentido deberá transmitir copias de las órdenes correspondientes a cualquier Estado que pueda ser efectivo para su ejecución. En concreto, la regla 217 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP)[29] habla de cualquier Estado con el cual el condenado parezca tener una relación directa en razón de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual o del lugar en que se encuentran sus bienes o haberes.

En concreto se establece que una orden de decomiso, a fin de que pueda hacerse efectiva en el Estado que corresponda, deberá contener la identidad de la persona contra la cual se haya dictado; el producto, los bienes o los haberes objeto de la medida[30] y, finalmente, debe precisarse también que, si el Estado Parte no pudiese hacer efectiva la orden de decomiso del producto, de los bienes o de los haberes especificados, adoptará medidas para cobrar su valor[31]. Asimismo, en la solicitud de cooperación la Presidencia de la Corte debe proporcionar la información de que disponga para facilitar la localización de los objetos que han de ser decomisados.

Naturalmente puede ser necesaria la asistencia de la propia Corte, en concreto de la Presidencia de la misma, al Estado encargado de la ejecución de las multas y de las órdenes de decomiso respecto de la notificación al condenado u

---

29. Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría General Técnica, por la que se publican las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. BOE número 231, de 26 de septiembre de 2011, pp. 101123-101192.

30. Es importante tener en cuenta que será imprescindible la adopción de medidas cautelares a lo largo del proceso. En este sentido, la regla 99 RPP se refiere a la cooperación en la adopción de este tipo de medidas, pero de manera imprecisa y a pesar de su encabezamiento («Cooperación y medidas cautelares a los efectos de un decomiso…»), las conecta no sólo respecto a los decomisos (a través de la referencia al artículo 57.3.e ER), sino también al aseguramiento de eventuales ejecuciones de medidas de reparación (ex art. 75.4 ER): la SCP o la SPI podrá, de oficio o a solicitud del Fiscal o de las víctimas o sus representantes legales que hayan pedido una reparación o indicado por escrito su intención de hacerlo, determinar si se ha de solicitar medidas. En el apartado siguiente concretaremos cómo se desarrolla la cooperación respecto a estas medidas.

31. Así, Gartner, I., «Las reglas de procedimiento y prueba en materia de cooperación y ejecución», en Ambos, K. (Coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 398, destaca que «*el valor de decomiso sólo es posible si un Estado Parte no está en condiciones de hacer efectiva una orden de decomiso (o de reparación)*». Como dicen Kreß, C., y Sluiter, G., «Fines and Forfeiture Orders», en Cassese, A., Gaeta, P. y Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, volumen II, Oxford, 2002, pp. 1829-1830: «*"inability" does not mean the absence of a procedure necessary to cooperate with the ICC. Cases of inability, rather, result from rights of bona fide third parties to the property specified in the forfeiture order, from the impossibility under Article 109 to transfer real property to the ICC or from immunities that the national procedure attaches to a specific form of property*».

otras personas o a la realización de cualesquiera otras medidas necesarias para ejecutar la orden con arreglo al procedimiento previsto en el Derecho interno del Estado de ejecución. Ello significa, en principio, aplicar lo previsto en el apartado séptimo del artículo 22 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (LOCCPI)[32], que obliga al Ministerio de Justicia a transmitir la documentación pertinente al Fiscal General del Estado para que inste la ejecución de la condena al pago de una multa o al decomiso impuesto por la Corte ante el órgano judicial competente. Aunque no se entiende bien la razón por la que la ejecución de este tipo de medidas deba seguir un conducto distinto al previsto para la ejecución de penas privativas de libertad. Si en este último caso el cumplimiento de la sentencia no necesitaba ser instado por el Ministerio Fiscal, tampoco debería precisarlo el inicio por parte de las autoridades jurisdiccionales españolas encaminadas a la obtención forzosa del dinero correspondiente a la multa, los bienes decomisados o su valor, pues aunque el objeto de estas medidas son bienes, la ejecución procede de la estimación en la sentencia de la CPI de la pretensión punitiva ejercitada y no de ninguna pretensión de naturaleza civil sobre la que las partes tuvieran el poder de disposición —y que ello justificara la instancia de parte—.

Otra cosa distinta sería que el Ministerio Público tuviera una participación en el procedimiento, pero como defensor de la legalidad y no como una parte activa del proceso de ejecución de un proceso en el que no ha tenido intervención alguna. Por otro lado, conforme se deduce de lo dispuesto en el artículo 22.7 LOCCPI el Fiscal General no tiene otra opción que dar curso a la petición de ejecución de la Corte, sin que —salvo por razones formales, ya examinadas por el Ministerio de Justicia y posteriormente por el órgano jurisdiccional competente— pueda hacer otra cosa. Veo, por tanto, esa disposición como superflua y dilatoria.

En cuanto al destino de lo obtenido, es decir, qué hacer con el resultado del pago, voluntario o forzoso de la multa, o de la ejecución de la orden de decomiso, es decir, los bienes y productos del delito, y, subsidiariamente en su caso, del cobro del valor del producto. En principio, el apartado tercero del artículo 109 ECPI nos dice simplemente que tales bienes o el valor de lo ejecutado («*los bienes, o el producto de la venta de bienes inmuebles o, según proceda, la venta de otros bienes que el Estado parte obtenga al ejecutar una decisión de la Corte*») serán transferidos a la Corte. La Ley española, efectivamente, determina que una vez obtenidos los determinados bienes o sumas se deberán po-

32. BOE número 296, de 11 de diciembre de 2003.

ner a disposición del Ministerio de Justicia para su transferencia a la Corte (art. 22.7 LOCCPI)[33].

No pasan desapercibidas en este punto las dificultades prácticas que puede conllevar el trámite de audiencia a las víctimas en muchos de los delitos que se encuentran en el ámbito competencial de la Corte, dada su frecuente rasgo constitutivo de actos cometidos de forma generalizada o sistemática o como parte de un plan político o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes. Es evidentemente precisa —y no sólo en este punto, sino también en otros a lo largo de los procesos penales internacionales ante la Corte— la articulación y la promoción de mecanismos de representación que aligeren las complejidades de estos procesos, ya de por sí laberínticos. En este sentido, aún con excesiva indeterminación y escasas exigencias objetivas, el apartado segundo de la regla 90 permite, en los casos en que haya más de una víctima, con el fin de asegurar la eficacia del procedimiento, pedir a todas o a ciertos grupos de ellas —de ser necesario con la asistencia de la Secretaría— que nombren uno o más representantes comunes, como indirectamente se deduce de la regla 90 y sobre todo de la remisión a la regla 22. No se está hablando de cualquier tipo de representante sino de los abogados que asistan a las víctimas, cumpliendo unos requisitos mínimos de reconocida competencia en Derecho internacional o en Derecho y procedimiento penal, así como la experiencia necesaria, ya sea como jueces, fiscales, abogados u otras funciones semejantes en juicios penales, tengan también un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de la Corte. Se preocupan las RPP de que se tomen las medidas razonables para cerciorarse de que, en la selección de esos representantes comunes, estén representados los distintos intereses de las víctimas y se eviten conflictos de intereses.

Es importante, finalmente considerar una última cuestión, pues el propio artículo 109 ECPI, al hablar de la ejecución por parte de los Estados Partes de las órdenes de decomiso, exige reiteradamente (apartados primero y segundo) el respeto a los derechos de los terceros de buena fe y de hecho la primera de las reglas relativas a la ejecución de multas y órdenes de decomiso o reparación exige, en los casos en que así proceda, que la Presidencia de la Corte informe al Estado de ejecución sobre las reclamaciones que hagan valer los terceros (regla 217 RPP).

---

33. Como defiende *ICCLR*, *International Criminal Court. Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute*, 2º Edition, 2003, p. 105: «*States Parties* (…) *need legislation and administrative procedures to allow them to transfer money and property to the Court or to the Trust Fund, in accordance with the relevant order of the Court*». www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/Manual%205%20(2nd%20ed)%20-%20final%20-%20mar20mar%2021-03.pdf.

4. La perspectiva del Derecho europeo

Desde el punto de vista de las organizaciones supranacionales europeas son diversas las consideraciones a tener en cuenta. Como en tantas otras materias de nuestra especialidad procesal, el Consejo de Europa ha avanzado notablemente en su finalidad de realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y de favorecer su progreso económico y social (art. 1.A del Estatuto del Consejo de Europa[34]), también a través de la elaboración de textos sobre el ámbito que nos interesa en este estudio, tanto de *Soft Law,* como verdaderos textos normativos con directa fuerza de obligar.

Como corresponde a una organización de integración más intensa y específica, la Unión Europea ha promulgado normas aún más específicas, también en materia de la regulación del decomiso, que tanto desde el punto de vista de la armonización penal material, como en la extensión de la aplicación de ese virtuoso principio de reconocimiento mutuo, nos sitúan en un marco normativo determinado que el legislador español no ha debido desconocer.

4.1. La aplicación del decomiso en el Derecho Europeo

4.1.1. Consejo de Europa

El primer texto que en el Consejo de Europa se refirió al lavado de activos y es pertinente para trazar la evolución del panorama en Europa es la Recomendación del Comité de Ministros N. R(80)10 sobre medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal[35]. Por su parte la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1584 (2002) destacaba la necesidad de intensificar la cooperación internacional para neutralizar activos dedicados a objetivos terroristas[36].

Sin embargo, cuando se adoptó esta última recomendación se contaba ya con el Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (número 141), conocido como Convenio de Estrasburgo, hecho el 8 de noviembre de 1990[37], que vinculó a todos los Estados miembros de la UE y al que se remitieron algunas normas de la propia Unión Europea. Este

---

34. Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. Publicado en el BOE número 51, de 1 de marzo de 1978, pp. 4840-4844.

35. Adoptada el 27 de junio de 1980 durante la 321 reunión de los Delegados de los Ministros.

36. Texto adoptado por el Comité Permanente, actuando en representación de la Asamblea, el 18 de noviembre de 2002.

37. Instrumento de ratificación publicado en el BOE número 252, de 21 de octubre de 1998, pp. 34713-34726.

texto, por un lado, prescribió una serie de medidas internas en los Estados miembros, especialmente la tipificación del blanqueo de capitales y la previsión de medidas de confiscación de los instrumentos y productos del delito o bienes cuyo valor corresponda a esos productos, en particular, los Estados parte se obligan a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para que sus tribunales u otras autoridades competentes puedan ordenar la presentación o el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles, sin poder alegar el secreto bancario frente a ello.

Además, se comprometieron a estudiar la adopción de medidas con el fin de utilizar técnicas indagatorias especiales con el objetivo de facilitar la identificación y seguimiento del producto y la acumulación de pruebas al respecto, incluyendo órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, así como la orden de que se presenten determinados documentos. Por otro lado, reguló pormenorizadamente la cooperación internacional dirigida a la confiscación de tales instrumentos y productos, permitiendo el auxilio en la investigación, la adopción de medidas provisionales, la confiscación a solicitud de otro Estado parte, la posibilidad de denegar o aplazar la cooperación, la protección de derechos de terceros, entre otros aspectos de gran interés.

En breves años, este texto internacional debió ser actualizado por el vigente Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y financiación del terrorismo (número 198), hecho el 16 de mayo de 2005, y conocido como Convenio de Varsovia[38]. En su artículo 2 las partes se obligan a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos. Pero se permite que en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, declaren que sólo será de aplicación a delitos o categorías de delitos.

También se comprometen a la adopción de medidas dirigidas a identificar y localizar los bienes que puedan ser objeto de confiscación y para impedir cualquier transacción, transmisión o enajenación de dichos bienes. Asímismo se acoge aquí la posibilidad de aplicar facultades y técnicas indagatorias especiales para que los tribunales u otras autoridades competentes puedan ordenar la presentación o el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles, sin verse beneficiados por el secreto bancario, y faciliten la identificación y seguimiento del producto y la acumulación de pruebas al respecto. Igualmente se alude directamente a órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las

38. Instrumento de ratificación publicado en el BOE número 155, de 26 de junio de 2010, pp. 56174-56215.

telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, así como la orden de que se presenten determinados documentos. Es importante señalar la preocupación expresa por que los Estados parte procuren que los afectados por las medidas que se apliquen dispongan de recursos jurídicos eficaces para defender sus derechos. El capítulo III se dedica de manera muy detallada a hacer eficaz la cooperación internacional en este ámbito.

Respecto al Consejo de Europa es obligada la referencia al Comité de Expertos sobre la Evaluación de Medidas contra el Blanqueo de Capitales y la financiación del Terrorismo, conocido por el acrónimo MONEYVAL. Se trata de un órgano de control permanente de este organismo supranacional con la función específica de comprobar el cumplimiento de los estándares internacionales en esta materia y la efectividad de su aplicación, todo ello con el fin de proponer mejoras a los países miembros en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo[39].

Tampoco podemos eludir la jurisprudencia del TEDH, que se ha pronunciado sobre el decomiso en varias ocasiones. Así, en su sentencia de 24 de octubre de 1986 (Caso Agosi contra Reino Unido), se refirió al decomiso de mercancías que han sido objeto de contrabando y se llama la atención respecto a la aplicación de consideraciones de proporcionalidad entre los medios aplicados y la finalidad perseguida, teniendo en cuenta que el Protocolo número 1 al Convenio Europeo reconoce la potestad de controlar el uso de los bienes privados de acuerdo al interés general[40].

Por su parte, en la STEDH de 13 de mayo de 2014, en el caso Paulet contra el Reino Unido, en el mismo sentido señala que del artículo 1 de este protocolo se derivan tres reglas distintas: «*la primera regla, establecida en la primera frase del primer párrafo, es de carácter general y enuncia el principio del goce pacífico de los bienes; la segunda regla, contenida en la segunda frase del primer párrafo, permite la privación de bienes y la somete a ciertas condiciones; la tercera regla, mencionada en el segundo párrafo, reconoce que los Estados contratantes tienen derecho, entre otras cosas, a controlar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general*» y añade que «*una injerencia en el*

39. MONEYVAL (antes PC-R-EV) fue creado en 1997 y su funcionamiento fue regulado por las disposiciones generales de la Resolución Res (2005) 47 sobre Comités y Órganos Subordinados, sus Mandatos y Métodos de Trabajo. En su reunión del 13 de octubre de 2010, el Comité de Ministros adoptó la Resolución CM/Res (2010) 12 sobre el Estatuto del Comité de Expertos sobre la Evaluación de las Medidas de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo (MONEYVAL). El Estatuto eleva MONEYVAL a partir del 1 de enero de 2011 a un mecanismo de supervisión independiente dentro del Consejo de Europa, que depende directamente del Comité de Ministros. El Estatuto de MONEYVAL fue enmendado en 2013 por la Resolución CM/Res (2013) 13. *Vid.* www.coe.int/en/web/moneyval/.

40. Como añade el TEDH en el parágrafo 52: «*En otras palabras, el Tribunal debe determinar si se ha logrado debe determinar si se ha logrado un justo equilibrio entre las exigencias del interés general a este respecto y las del interés de la persona o de los particulares*».

artículo 1 del Protocolo número 1 será desproporcionada cuando el propietario de la propiedad haya tenido que soportar "una carga individual y excesiva", de modo que "el justo equilibrio que debe establecerse entre la protección del derecho de propiedad y los requisitos de interés general" ha sido vulnerado».

4.1.2. Unión Europea

Por lo que se refiere a los conjuntos normativos de la Unión Europea que han perseguido la aproximación penal, como base para la confianza mutua y han facilitado la cooperación entre los Estados miembros en esta materia es muy numeroso. En primer lugar es de ineludible cita la Acción común de 3 de diciembre de 1998[41], adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito que se propuso básicamente restringir considerablemente la posibilidad de formular reservas a los artículos 2 y 6 del Convenio europeo de 1990, permitir en la legislación de los Estados miembros el decomiso del valor de los productos del delito, facilitando la cooperación entre los Estados miembros para la identificación y seguimiento del producto del delito, aprovechando las posibilidades que ofrecía ya la Red Judicial Europea, otorgando la misma prioridad a las peticiones de otros Estados que a las nacionales y favoreciendo el contacto directo entre los investigadores, los magistrados y los fiscales.

Un importante impulso político en esta última línea tuvo lugar, precisamente a finales de los años 90 en Tampere (Finlandia), con la famosa cumbre europea específicamente dedicada al Espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea[42]. Al referirse a la lucha contra la delincuencia a escala de la Unión, las Conclusiones de la Presidencia prevén una acción especial contra el blanqueo de capitales, conscientes de que se encuentra en el centro mismo de la delincuencia organizada y que debe erradicarse. Por ello se piden pasos concretos para el seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito (conclusión 51.ª) y la aproximación de legislaciones penales y procesales.

Así pues, en el seno de la Unión Europea, se han seguido en los últimos años diversos textos que han procurado perfeccionar la regulación vigente, procu-

---

41. DOUE L 333, de 9 de diciembre de 1998, p. 1.

42. Se trata obviamente del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 17 de octubre. Las conclusiones de la Presidencia relativas a este Consejo pueden verse en El Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Ministerio del Interior, Madrid, 2000, pp. 409-419. Debe tenerse en cuenta que ya las conclusiones del Consejo Europeo de Viena de diciembre de 1998 planteaban reforzar la actuación de la Unión Europea contra la delincuencia internacional organizada (DOUE C 19, de 3 de enero de 1999, p. 1).

rando el acercamiento entre legislaciones. En junio del 2001, el Consejo adoptó la Decisión Marco sobre blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos o productos del delito[43], antecedente directo de la posterior Decisión marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito[44].

Junto a ellas, cabe citar algunas otras de contenido más concreto, así la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo[45], de 28 de noviembre de 2008, así como la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008[46], que modifica la anterior, aunque ninguna de ellas contiene referencias directas al decomiso, y la Decisión Marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004[47], relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, igualmente sin referencias específicas.

Fue la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014[48], la que actualizó la regulación sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Parte de la idea fundamental de que la motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros y, por tanto, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar los productos del delito. Además, la prevención y la lucha eficaces contra la delincuencia organizada exigen la neutralización de ese producto, y en ciertos casos debe a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo[49].

---

43. Es la Decisión marco 2001/500/JAI, de 26 de junio (DOUE L 182, de 5 de julio de 2001).

44. DOUE L 68, de 15 de marzo de 2005, p. 49. El origen de esta norma está en la ya aludida iniciativa danesa publicada en DOUE C 184, de 2 de agosto de 2002, p. 3, paralela a la DMRMRD.

45. DOUE L 164, de 22 de junio de 2002, p. 3.

46. DOUE L 330, de 9 de diciembre de 2008, p. 21.

47. DOUE número 335, de 11 de noviembre de 2004, p. 8.

48. DOUE L 127, de 29 de abril de 2014, p. 39.

49. Se estima expresamente aplicable a las infracciones penales contempladas en diversos textos enumerados en el artículo 3: «*el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea ("el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios");*
la Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro;
la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo;
la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito;
la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo;

En este texto se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y del producto del delito, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos instrumentos o producto, previa resolución penal firme condenatoria que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado. Si no fuera posible efectuar de este modo el decomiso, los Estados miembros deberán tomar las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio.

Se prevé también el denominado «decomiso ampliado», pues se exige la adopción de medidas poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica[50], cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada,

---

la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado;

la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas;

la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada;

la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo;

la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo;

la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, así como cualquier otro acto jurídico, si en el acto de que se trate se establece expresamente que la presente Directiva se aplica a las infracciones penales que se armonicen en el mismo.

50. Entre ellas se encuentran: la corrupción activa y pasiva en el sector privado, así como la corrupción activa y pasiva en que estén implicados funcionarios de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros; los delitos relativos a la participación en una organización delictiva; hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines, si el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual; la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil; el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil; la producción de pornografía infantil; la interferencia ilegal en los sistemas de información y la interferencia ilegal en los datos, cuando haya resultado afectado un número significativo de sistemas de información mediante la utilización de un instrumento, concebido o adaptado principalmente con tal finalidad; la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos utilizados con el fin de cometer infracciones, al menos en los casos que no sean de menor gravedad; una infracción penal que sea punible, de conformidad con las disposiciones contenidas en el ámbito de aplicación de esta Directiva o, si no tiene umbral de pena, que conforme con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años.

que el bien de que se trata procede de actividades delictivas. Se trata por tanto de la previsión de indicios de los cuales deducir consecuencias respecto a la privación de bienes.

Es necesario adoptar además medidas para posibilitar el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado. De nuevo la aplicación de los indicios para este tipo de consideraciones. Por supuesto, los terceros de buena fe son protegidos.

Se obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para proceder al embargo de los bienes con vistas a su posible decomiso, entre las que se deben incluir las actuaciones urgentes que haya que emprender, cuando sea necesario, para asegurar el bien. En todo caso, siguiendo la jurisprudencia del TEDH deben preverse las medidas necesarias para garantizar que las personas afectadas por las medidas establecidas en la presente Directiva tengan derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo a fin de preservar sus derechos y para que la orden de embargo de bienes se comunique a la persona afectada tan pronto como sea posible después de su ejecución, salvo que ello ponga en peligro una investigación penal[51].

Finalmente, en la Directiva 2015/849/UE, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo[52], se propone, entre otras medidas, la adopción por cada Estado miembro de las medidas adecuadas para detectar, evaluar, comprender y atenuar los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que le afecten, así como cualquier problema que se plantee en relación con la protección de datos.

---

51. Aparte de una pormenorización de las garantías procesales, se establece también la obligación de adoptar medidas necesarias para detectar y localizar los bienes que deban ser objeto de embargo y de decomiso, incluso después de la sentencia condenatoria firme por una infracción penal, y garantizar la ejecución efectiva de la resolución de decomiso, de haberse emitido ya ésta; además de prever medidas para la administración de los bienes embargados preventivamente y decomisados. Se establece también la elaboración de estadísticas periódicas y detalladas sobre todo ello.

52. Además, modifica el Reglamento (UE) número 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y deroga la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.
Fue publicada en el DOUE L 141, de 5 de junio de 2015, p. 73.

4.2. Decomiso y reconocimiento mutuo

Mención específica merecen los pasos dados en la Unión Europea respecto a la facilitación de la cooperación entre los Estados miembros, aplicando el principio del reconocimiento mutuo que ya en Tampere fue declarado como la piedra angular del funcionamiento del Espacio Judicial Europeo, tanto en el ámbito de la cooperación procesal civil como en la procesal penal, atendiendo a las necesidades de simplificación y de despolitización propias de las relaciones de Estados vinculados a una organización supranacional de integración.

Naturalmente la construcción de un Espacio judicial europeo se ve facilitada enormemente si los Estados miembros aceptan este tipo de flexibilizaciones, reconociendo la resolución transmitida como una verdadera resolución jurisdiccional aunque proceda de órganos jurisdiccionales de otros Estados. El control que la autoridad competente del Estado receptor va a ser muy limitada pues se parte del principio de confianza recíproca entre los Estados y las causas de denegación de la asistencia judicial se ven drásticamente limitadas respecto a la ordinaria cooperación procesal interestatal, como veremos en el apartado sexto de este estudio. En todo caso, rige también en elloel respeto a los derechos fundamentales y principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea[53].

En este sentido la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, de 26 julio de 2000[54], proponía la aplicación al decomiso de los principios establecidos para el reconocimiento y ejecución de sanciones pecuniarias, por lo menos en lo relativo al decomiso de fondos, ya se tratara de dinero en efectivo o en cuentas bancarias. Para otro tipo de activos se planteaba la conveniencia de adaptar tales principios. Se destacaba la necesidad de prestar especial atención en relación con los derechos de las víctimas de los delitos y las terceras partes de buena fe. En noviembre del 2000 en el Programa de medidas destinadas a aplicar el principio de reconocimiento mutuo en materia penal[55], el Consejo reconoció como la necesidad prioritaria de la adopción de un instrumento normativo por el que se aplicara este principio básico al embargo de los elementos de prueba y los haberes.

---

53. Se trata, como es sabido, de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho.

54. COM (2000) 495 final.

55. DOUE C 12, de 15 de enero de 2001.

Por su parte la Decisión marco 2003/577/JAI[56], relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargos preventivos y de aseguramientos de pruebas, se refiere ya directamente, a la transmisión de la ejecución de medidas entre los Estados miembros, pero en este caso durante la tramitación del proceso, no una vez obtenida la sentencia condenatoria firme como es el caso de la Decisión que se aprobó unos pocos años después.

Finalmente, a partir de la iniciativa del Reino de Dinamarca[57] con vista a la adopción de la Decisión marco del Consejo relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea se inició la tramitación que finalmente ha dado lugar a la promulgación de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso[58]. La finalidad que el Consejo persigue a través de este acto normativo viene claramente trazada en su artículo 1, donde se declara el propósito de establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro de la Unión europea deberá reconocer y ejecutar en su propio territorio una resolución emitida por un órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro que vaya dirigida a la privación de determinados bienes a raíz de un proceso penal desarrollado en el Estado de emisión.

Para conseguir evitar que la delincuencia organizada obtenga beneficios económicos de su actividad ilegal, y ello sirva además para sostener financieramente la comisión de otras infracciones criminales, no es suficiente, como se nos dice en el considerando 7.º, con garantizar el reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de las medidas temporales de embargo preventivo, sino que es necesario facilitar sobre todo el reconocimiento mutuo y la consiguiente ejecución de las resoluciones de decomiso de los productos del delitos que ya han ganado firmeza en el Estado de origen.

Siguiendo la línea de otras Decisiones marco que han dado pasos hacia la aplicación en diversos ámbitos concretos del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la Unión Europea, también en esta aparecen destacadas flexibilizaciones en torno a la posibilidad de oponer causas de denegación de la cooperación procesal solicitada. Contiene la conocida lista de treinta y dos categorías de infracciones —ampliables en su caso por el Consejo por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo— en relación con las cuales los Estados miembros deberán comprometerse a no exigir la doble tipificación. En el resto de infracciones será facultad del Estado de ejecución la exigencia no

56. DOUE L 196, de 2 de agosto de 2003, p. 45.

57. DOUE C 184, de 2 de agosto de 2002, p. 8.

58. DOUE L 328, de 24 de noviembre de 2006, p. 59.

sólo de doble tipificación, sino además que se trate de infracciones que también tengan previsto el decomiso en el Estado de ejecución[59]. Todo ello supone un importante avance sin duda respecto a los textos internacionales de cooperación, en los que no se prevén estas diferenciaciones entre unas categorías y otras.

En el artículo 8 es donde se recogen la mayor parte de los motivos de no reconocimiento o de no ejecución, que no se apartan en esencia de lo ya conocido en otros actos normativos similares como los anteriormente mencionados. Así pues, dada la importancia que en estas vías simplificadas de auxilio jurisdiccional internacional tiene el certificado del que después hablaré, es lógico que los defectos en tal documento («*sea incompleto o no corresponda manifiestamente a la resolución*») tengan el efecto de impedir la cooperación. También se ajusta a lo que es tradicional, y además, al respecto a los derechos fundamentales, la denegación en caso de que la ejecución de la resolución de decomiso resultara contraria al principio de *ne bis in idem,* lo cual pretende contribuir indirectamente a una cierta racionalidad en el complejo tema de los conflictos de jurisdicción, también objeto de interesantes trabajos en el seno de la Unión Europea.

El respeto a las inmunidades o privilegios también pueden fundamentar la denegación, como suele también ser habitual, tomando como criterio la legislación del Estado de ejecución. Por tanto las limitaciones en cuanto a la ejecución de decomisos que imponga el Derecho internacional o el Derecho constitucional aplicable en el Estado requerido va a posibilitar la válida oposición al reconocimiento y ejecución. Lo mismo ocurre respecto a los derechos de las partes interesadas, especialmente los terceros de buena fe, que no pueden ver perjudicada su situación jurídica por la resolución jurisdiccional de decomiso.

Una particularidad de esta Decisión Marco se encuentra en el apartado g) del artículo 8.2, al aludir a las disposiciones sobre la potestad de decomiso ampliada[60]: el decomiso relativo a los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. Se

---

59. Como suele ser habitual también en estos casos se establece que «*en materia de impuestos o gravámenes, de derecho de aduana y de actividades de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la resolución de decomiso aduciendo que la legislación del Estado de ejecución no impone el mismo tipo de impuestos o derechos o no contiene el mismo de (sic) tipo de reglamentación en materia de impuestos o gravámenes, de derechos de aduanas y de actividades de cambio que la legislación del Estado de emisión*».

60. Conviene tener en cuenta que esta disposición se complementa con lo previsto en el artículo 7.5 por la que se permite al Estado miembro que lo desee emitir una declaración específica por la que se considere eximido de la obligación de reconocer y ejecutar en su territorio ciertas resoluciones de decomiso en las que se aplica esta potestad de decomiso ampliada.

justifica tal motivo en que no hay acuerdo entre los Estados miembros en posibilitar tales decomisos y así esta causa de denegación opera como criterio de flexibilización de la norma para adaptarse mejor a ordenamientos jurídicos distintos.

Es obligado hacer notar que las muy extensas causas de denegación que se observan en los tratados internacionales sobre estas mismas materias no están previstos en la Decisión marco que nos ocupa. Efectivamente, motivos muy amplios como la infracción de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Parte requerida o el perjuicio para la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales de la parte requerida o simplemente, que la importancia del caso no justifica la medida requerida[61], no tienen sentido en un auténtico Espacio judicial europeo como el que paulatinamente se está construyendo, y por eso han sido eliminados con buen criterio.

Siguiendo el modelo de otros actos normativos por los que ha empezado a desarrollarse el principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea y con el objetivo de facilitar la cooperación procesal, también en la DMRMRD se prevé un documento, denominado «certificado» en el que de una forma sencilla se hacen constar los elementos esenciales para que pueda procederse al reconocimiento y la ejecución de la resolución de decomiso en el Estado requerido[62]. Se exige que la autoridad competente del Estado de emisión haya firmado el certificado y con ello da fe de su autenticidad y «de la exactitud de su contenido». Tal documento deberá acompañarse a la resolución y ambos deberán transmitirse a la autoridad competente del Estado miembro al que se pide la cooperación[63].

En el supuesto de que se haya producido una terminación normal del procedimiento de ejecución surge la cuestión del destino del bien o bienes o de las cantidades dinerarias obtenidas cuya privación definitiva era el objeto de la resolución de decomiso. Por lo que se refiere al dinero obtenido en la ejecución, salvo que los Estados pacten entre sí otra cosa: si el importe es inferior a

---

61. *Vid.*, por ejemplo, de manera casi literalmente idéntica el artículo 18.1 del Convenio europeo de 1990 o también el artículo 3.1.f) y h) del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia penal, hecho en Pekín el 21 de julio de 2005 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE número 77, de 30 de marzo de 2007).

62. Es importante tener en cuenta el artículo 19 de la Decisión Marco que regula un aspecto del certificado que puede influir directamente en la rapidez y efectividad de la transmisión: el idioma a emplear. Se exige que el certificado se traduzca a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución. Pero facultativamente se permite a los Estados miembros que a través de una declaración específica acepten los certificados lenguas distintas siempre que sean lenguas oficiales de las instituciones de las Comunidades Europeas.

63. Se debe destacar que la transmisión de la resolución de decomiso al Estado de ejecución no impedirá la posibilidad de que el propio Estado de emisión pueda ejecutar por sí mismo la resolución de decomiso si tiene la ocasión de hacerlo.

10.000 euros o al equivalente de dicho importe, se destinará al Estado de ejecución. En los demás casos, el Estado de ejecución transferirá al de emisión la mitad del importe obtenido. En cuanto a los bienes, también obtenidos en la ejecución, pero que no sean dinero en efectivo, podrán, en primer lugar, enajenarse y actuar como acabo de exponer respecto al dinero obtenido; podrán ser transferidos al Estado de emisión o, subsidiariamente a las dos opciones anteriores, entraría en juego la legislación nacional del Estado de ejecución y cualquier medida contenida en ella que se entienda aplicable al caso.

5. La perspectiva española

La regulación española sobre el decomiso es novedosa, en buena parte por derivación de estas normas a las que se acaba de aludir, y que exigían su transposición al ordenamiento interno español, pero adolece de excesiva complicación, empezando por la ausencia de sistemática, ya que es preciso atender a normas contenidas en el Código Penal y a otras abundantes que se prevén en la LECrim, tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

A partir de esas normas es preciso bifurcar el análisis de la regulación española, pues cabe que el decomiso sea aplicado como una consecuencia accesoria que se pide en un proceso penal determinado, por alguno de los delitos contenido en algunas de las categorías delictivas antes mencionadas. Pero, como recordaremos más adelante, entre los procedimientos especiales de nuestro ordenamiento procesal penal la reforma de 2015 ha introducido un proceso específico dirigido a la privación de bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente a los mismos, que plantea consideraciones particulares. Por un lado, por tanto, tenemos el decomiso que se aplica de manera ordinaria en la sentencia de condena, pero por otro también el denominado «decomiso autónomo»[64], por aplicarse de manera separada de un proceso penal en el que se pretenda la exigencia de responsabilidad criminal del acusado.

---

64. Conforme explica Rodríguez García, N., *El decomiso…*, *op. cit.*, p. 195, «*hemos calificado de "autónomo" este decomiso, o "independiente"por la idea de que el mismo se acuerda por el órgano judicial sin que haya culminado el enjuiciamiento penal de un sujeto por su responsabilidad con unos hechos delictivos, pero solamente cuando se dan determinadas circunstancias previstas legalmente. No obstante, este desligamiento no alcanza las cotas de las normativas de extinción de dominio o del civil forfeiture*».

5.1. El decomiso como medida aplicable en el proceso penal

Es el Código Penal el cuerpo legal en el que debemos fijarnos para tener en cuenta la regulación del decomiso como una consecuencia accesoria que se puede aplicar a través del proceso penal en la sentencia de condena, junto con la pena concreta o medida de seguridad que fije el órgano jurisdiccional, el resarcimiento civil que se declare y aquellas otras disposiciones que pongan fin a la instancia o, en caso, de sentencia firme, al proceso penal de declaración.

Es importante señalar que, junto a esta posibilidad ordinaria, que se establece para algunos delitos que más adelante se recordarán, desde la última reforma de la LECrim, se contempla una regulación específica para la llamada a terceros que puedan resultar afectados por el decomiso, con la consiguiente posibilidad de intervención en el proceso penal pendiente, y con previsiones acerca de las consecuencias procesales tanto de su comparecencia, como de su eventual incomparecencia. Por eso es preciso desdoblar este apartado en dos secciones distintas para mayor claridad de la exposición.

5.1.1. El decomiso como medida aplicable en un proceso penal ordinario

Como ya se adelantó al tratar sobre el concepto y la naturaleza del decomiso, la principal regulación española se encuentra en los artículos 127 y siguientes del Código Penal, introducidos en su redacción vigente por el artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, donde se configura como consecuencia accesoria a la pena que se imponga a los delitos dolosos[65] y, facultativamente, a los delitos imprudentes para los que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año[66]. En este último caso se trata de pena abstracta, la prevista por la ley, y no de la pena que en concreto se pida o finalmente se imponga en el proceso de que se trate.

En ambos casos, la medida consiste en la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. En caso de imposibilidad de decomiso, se ordena el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganan-

---

65. «*Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo…*» (art. 127.1 CP).

66. Como señalan Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015: «*La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, añadió el decomiso en delitos imprudentes (que tengan señalada pena privativa de libertad superior a un año), que había sido eliminado en el Código Penal de 1995, básicamente porque resulta difícil imaginar que un delito imprudente produzca el enriquecimiento de su autor y también porque, al no existir intención de delinquir, la pena impuesta puede ya ejercer el suficiente efecto admonitorio para evitar futuros delitos imprudentes*».

cias que se hubieran obtenido de ellos. Así también cuando el valor de los bienes a decomisar haya bajado desde el momento de su adquisición.

Del tenor literal de los preceptos a los que me refiero se desprende que no se trata sólo de consecuencias jurídicas que puedan pedir las partes acusadoras en los escritos de acusación o de calificaciones provisionales. Sin duda, ellas lo pueden hacer al determinar sus conclusiones precisas y numeradas en las que aleguen los hechos punibles, la calificación legal, el grado de participación, las penas que correspondan a los procesados, etc. La formulación es imperativa y, por tanto, al constatar que se dan las circunstancias fácticas el juez, sin más, debe obrar conforme al principio *iura novit curia*, por tanto, aplicando las consecuencias accesorias establecidas por la ley y dentro de los límites que la misma ley establece.

En una concepción extralimitada del principio acusatorio podría impedirse la válida aplicación del decomiso por el juez o tribunal, si no se hubiera solicitado previamente a instancia de parte. De hecho, esa concepción se ha formulado respecto a la pena por la jurisprudencia, e incluso se reflejó en la propia legislación procesal (art. 789.3 LECrim) y se amplió notablemente en esa discutible función cuasilegislativa del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo[67]. Pero en la determinación del equilibro entre el principio acusatorio, el principio de legalidad penal y, por supuesto, la imprescindible imparcialidad del juez o del tribunal, entiendo que una vez acreditado el hecho, deben aplicarse las consecuencias previstas por la ley, aunque no hayan sido pedidas por la Fiscalía, ni por los eventuales acusadores particulares o populares.

El artículo 127 bis, además, contempla la previsión del llamado «decomiso ampliado» al que ya hemos visto se refería la Directiva 2014/42/UE. Efectivamente, ante la comisión de alguno de los delitos cuyo elenco de categorías se enumera en ese mismo artículo[68], se debe ordenar ordenará también el deco-

---

67. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reunión de 20 de diciembre de 2006 (Tercer Asunto: Aplicación del art. 789.3 de la LECrim en su redacción actual) determinó que «*El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que sustancie la causa*». Posición que fue, sin embargo, matizada en un sentido que me parece correcto en el Pleno de 27 de diciembre de 2007: (Primer asunto: Imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación): «*El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena*».

68. Se trata de:
a) Delitos de trata de seres humanos.
b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.

miso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada. Para ello se establecen una serie de presunciones *iuris tantum,* a partir de la constatación de la existencia de ciertos indicios objetivos fundados, que sólo de manera ejemplificativa se exponen en la norma[69]. Son presunciones combatibles con la acreditación de su procedencia lícita. Pero, como es obvio, se trata de presunciones *contra reum,* y ello ha llevado a poner en duda su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia y su complemento tradicional, el principio de *in dubio pro reo.*

No es discutible el carácter central de la presunción de inocencia en el proceso penal constitucionalizado en un Estado Social y Democrático de Derecho, pero sí lo es más que el razonamiento lógico que lleva a partir de esos indicios pueda conllevar una consecuencia negativa para el sujeto pasivo del proceso penal[70]. En mi opinión, es clave que estamos hablando de una «personas condenada», es decir, una persona a la que, con plena vigencia y aplicación de los criterios para desvirtuar esa verdad interina a la que llamamos «presunción de inocencia», se ha considerado ya como responsable criminal de determinados delitos. Es un razonamiento posterior y, más concretamente, consecutivo, el que lleva a la aplicación de esas consideraciones lógicas por las que se deduce, salvo prueba en contrario, el origen ilícito de ciertos bienes, efectos y ganancias.

---

d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.
f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
g) Delitos de corrupción en los negocios.
h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.
i) Delitos de blanqueo de capitales.
j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
n) Delitos de falsificación de moneda.
o) Delitos de cohecho.
p) Delitos de malversación.
q) Delitos de terrorismo.
r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

69. El artículo 127 bis CP establece que se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:
«1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.
3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida».

70. De hecho, no son desdeñables los argumentos de Nieva Fenoll, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 580-581.

En todo caso, sí me parece criticable la amplia discrecionalidad que se otorga al juzgador penal, dada la amplitud con que se formulan los criterios y, teniendo en cuenta además, que no es un elenco cerrado el que se ofrece, sino simples pistas indiciarias que pueden ampliarse con otras que el juez o el tribunal consideren aplicables y conducentes a la finalidad perseguida: entender que ciertos patrimonios pueden ser desmesurados si no se han obtenido mediante conductas delictivas o que ciertas actividades pueden ser en sí mismas sospechosas de enriquecimientos ilícitos. Debemos tener cuidado con ello porque la efectividad en la persecución de estas ganancias ilícitas no debería implicar trasplantar al ámbito patrimonial conceptos etéreos de ingrato recuerdo como el de «peligrosidad» u otros similares.

Bien es cierto que el artículo 128 CP establece un factor de corrección al determinar que cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente. Con lo que se amplían, por un lado, los conceptos indeterminados a los que hay que llenar de contenido, pero por otro lado se trata de permitir introducir consideraciones de equidad cuando las privaciones patrimoniales puedan resultar desproporcionadas por las circunstancias concretas del caso.

En todo caso, aparte de la aplicación de estas presunciones, sí es más fácil de aceptar que la prescripción, la absolución o el sobreseimiento libre que ha adquirido firmeza («*con efecto de cosa juzgada*») condicionen la aplicación de tales presunciones, pues en tales casos lo que faltaría es el presupuesto de la condena del sujeto enjuiciado, por tanto, la consecuencia accesoria se habría quedado sin base legal alguna.

Además de todo ello, durante la tramitación legislativa en el Senado se introdujo en la reforma del Código Penal una regulación de un «*decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado*» (arts. 127 quinquies y 127 sexies), de aplicación facultativa y que suscita numerosas dudas interpretativas que en un análisis limitado como este ni siquiera puedo esbozar[71].

Por otro lado, también con inspiración en los textos supranacionales a los que me he referido en los apartados previos, la reforma del Código Penal de 2015 introdujo el llamado «decomiso por sustitución», es decir, la privación de otros bienes, distintos a los obtenidos directamente como consecuencia de la activi-

71. *Vid.* ampliamente, las consideraciones críticas de Rodríguez García, N., *El decomiso…*, *op. cit.*, pp. 186-192.

dad delictiva, incluso bienes de origen ilícito, cuando la ejecución del decomiso ordinario no ha sido efectiva «*a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia*». Esta medida se considera expresamente aplicable también para los casos en que los bienes, efectos o ganancias hayan perdido valor desde el momento de su adquisición.

Por tanto, el criterio temporal para fijar el valor de los bienes a decomisar es en todo caso el del momento de la obtención de los mismos y eso obligará al juzgador a solicitar a los especialistas siempre dos valoraciones —salvo que en autos haya datos suficientes y objetivos para la primera—: en primer lugar, una valoración de los bienes, efectos y ganancias en el momento de su adquisición ilícita, que deberá comparar con la valoración de esos mismos bienes, efectos y ganancias en el momento de la ejecución del decomiso.

En esta mezcolanza de normas materiales y procesales debemos resaltar una de inequívoca naturaleza procesal: la posibilidad de aplicar medidas de aseguramiento de los bienes, medios, instrumentos y ganancias para asegurar la efectividad del decomiso que eventualmente pueda decretarse (art. 127 octies CP). Se trata de aprehensiones, embargos preventivos o depósitos judiciales que cumplen claras características cautelares, aunque no se inscriban estrictamente en el concepto tradicional de las medidas cautelares reales[72], dirigidas más bien a prevenir la efectividad de las eventuales condenas de resarcimiento de las consecuencias civiles derivadas de los hechos punibles.

Todavía hay que tener en cuenta una última disposición general de interés relativa a delitos cometidos «*en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis*» (art. 129 CP), en cuyos procesos penales el juzgador, facultativamente, puede imponer de forma motivada a tales personas jurídicas o entes sin personalidad las consecuencias accesorias que, según las disposiciones generales ya expuestas, correspondería al autor del delito[73],

---

72. Arangüena fanego, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1991.

73. Conforme al apartado segundo del artículo 129 CP: «*Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas*». *Vid.* Gimeno beviá, J., *Compliance y proceso penal: El proceso penal de las personas jurídicas*, Civitas, Madrid, 2016.

así como la prohibición definitiva de cualquier actividad. Tales medidas también pueden aplicarse cautelarmente durante la fase de investigación[74].

Finalmente hay que recordar que en el Código Penal hay otras referencias al decomiso, en especial, cuando se regulan los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.3 CP)[75]; los delitos contra la salud pública (art. 362 sexies CP)[76] y los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 374 CP)[77].

5.1.2. La eventual intervención de terceros

La Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas ya preveía en su artículo 5 que lo dispuesto sobre el decomiso no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. También recordaba este principio general del Derecho la Convención de Palermo en el apartado octavo del artículo 12. Por su parte, el TEDH en el ya mencionado Caso Agosi contra el Reino Unido[78], recuerda que el propietario inocente de buena fe debe poder tener cauces para recuperar su propiedad.

Al decomiso de bienes de terceros se refiere el artículo 127 quater CP, pues permite que los jueces y tribunales acuerden facultativamente el decomiso de los bienes, efectos y ganancias «*que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos*». Pero sólo podrán hacerlo en determinadas circunstancias que el mismo precepto enumera.

---

74. *Vid.* Pérez Neira, A., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

75. «*En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*».

76. «*En los delitos previstos en los artículos anteriores de este Capítulo serán objeto de decomiso las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128*».

77. «*En los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales:*
1.ª Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.
2.ª Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado».

78. Sentencia de 24 de octubre de 1986.

En primer lugar, si son efectos y ganancias, cuando hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita. Pero como de esta exigencia normativa se derivan complejas exigencias probatorias añade una primera presunción relativa, de aplicación excesivamente discrecional, relativa a lo que habría debido sospechar una persona diligente en cuanto al origen ilícito de los bienes, en las circunstancias del caso.

Si se trata de otros bienes, se establece una norma refleja a la anterior: «*cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso*».

Una nueva presunción *iuris tantum* arriesgada se aplica cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos al tercero a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado, pues salvo prueba en contrario se entenderá que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso[79]. Se trata de inversiones probatorias que se dirigen a una efectividad mayor de las medidas confiscatorias, pero que retuercen hasta el exceso las garantías individuales respecto a la prueba[80].

La tan reiterada reforma de la LECrim de octubre de 2015 introdujo cuatro artículos en los que se pretende trazar un cauce para la defensa de las personas que puedan resultar afectadas por el decomiso. En efecto, se prevé que en un proceso pendiente en que pueda constar su existencia[81], el juez o el tribunal deberá acordar, bien a instancia de parte, bien de oficio, su llamada al proceso[82].

---

79. Como afirma Berdugo Gómez de la Torre, I., «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso», *Revista Penal*, número 40, julio 2017, pp. 40-41: «*la situación del adquirente de buena fe va a aparecer como un punto crítico de la tensión entre garantías y eficacia, La reforma de 2015 opta claramente por una búsqueda de eficacia al invertir la carga de la prueba, al contrario que la legislación civil, y prescindir de garantías vinculadas al principio de proporcionalidad*».

80. Acierta por completo Nieva Fenoll, J., «El procedimiento de decomiso autónomo…», *op. cit.*, p. 570, al concretar en la cuestión probatoria el problema central del decomiso en general.

81. En concreto, ese deber para el juzgador surge cuando consten hechos de los que puedan derivarse razonablemente: «*a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado*» o, alternativamente, «*b) que existen terceros titulares de derecho sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo*».

82. Uno de los principales problemas que plantea este procedimiento es la identificación de los terceros afectados a los que hay que llamar; sobre estas cuestiones *vid.* Gascón Inchausti, F., «Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito», *Revista General de Derecho Procesal*, número 38.

Como se acaba de observar, en principio, el presupuesto material para el surgimiento de esta exigencia es legal es la mera posibilidad de afección, sin tener en cuenta si la adquisición del bien pudiera ser considerada o no de buena fe. Esta última circunstancia aparece, sin embargo, más adelante, pues esa obligación de *vocatio ad processum* se flexibiliza notablemente cuando, entre otras razones[83], se constate que concurren hechos de los que puede derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta o cuando los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.

Es esta última previsión la que entra de lleno en la mala fe del tercero propietario. Pero obsérvese que, incluso en este supuesto, no se determina una imposibilidad de llamar al tercero, sino que se deja a la discrecionalidad del juzgador la citación para que intervenga. El criterio para la concreción de esa discrecionalidad es la existencia de circunstancias fácticas que lleven a esa impresión *prima facie* por parte del juez. Entendemos que el derecho a la tutela judicial efectiva conlleva la necesidad de oír a los afectados antes de tomar una decisión al respecto, por tanto parecería aconsejable la llamada al proceso incluso en esos casos, para que el tercero tuviera oportunidad de alegar al respecto y, en definitiva, la posibilidad de proponer medios probatorios para destruir las presunciones que en su contra se prevén en el CP, como se acaba de señalar más arriba[84].

Una vez comparecido el tercero, sin manifestar que no se opone al decomiso, se le debe tener por parte, aunque no lo diga expresamente la LECrim, aunque solo sea a los meros efectos de participar en «*los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica*», sin que por tanto pueda extenderse, como es lógico, a las cuestiones relativas a la pretensión punitiva que se esté tramitando en ese proceso. Corrobora la naturaleza de la participación en el proceso como parte la exigencia de asistencia letrada, por mucho

---

83. También en el caso evidente en que no haya podido ser identificado o localizado el posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita. En este supuesto, hay una clara incorrección técnica, pues no es un supuesto de llamada al proceso «facultativa», sino de imposibilidad de llamada por desconocimiento de la identidad del tercero.

84. Obviamente, se trata de dar la oportunidad de comparecer, no de obligar a nadie en estos asuntos de contenido patrimonial y, por tanto, sometidos al ámbito de autonomía de voluntad de cada cual. Por eso, en sentido similar, el apartado cuarto del artículo 803 ter a LECrim concede efectos jurídico-procesales a la manifestación del afectado por el decomiso en el sentido de que no se opone al mismo. Es poco claro, sin embargo, el tenor de la norma, pues hacer referencia a una comparecencia del afectado, que puede ser previa a la intervención propiamente dicha. En realidad, se trata de un tercero que comparece y sin más renuncia a defender su derecho sobre los bienes de que se trate, lo cual hace innecesaria su intervención formal y, por tanto, su entrada en la posición pasiva del proceso, junto al investigado.

que no exija la presencia física del afectado y que su incomparecencia no impida la continuación del juicio[85].

De todas formas, haya o no intervenido en el proceso, la sentencia en que se acuerde el decomiso le debe ser notificada, y como ocurre con las víctimas también afectadas, podrá interponer los recursos legalmente previstos. Por supuesto también, sólo en lo relativo a los pronunciamientos que afecten a sus bienes, derechos o situación jurídica, sin entrar en las cuestiones relativas a la responsabilidad penal del encausado.

5.2. El proceso de decomiso autónomo

Una de las principales novedades de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, es la regulación de los trámites por los que es posible acordar los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente de los mismos, derivados de una actividad delictiva, al margen de la pendencia de un proceso penal por esos delitos. Es lo que la Ley denomina «procedimiento de decomiso autónomo», que hay que relacionar de inmediato con la reforma habida, también en 2015, en el CP.

En efecto, el artículo 127 ter posibilita la disposición del decomiso «*aunque no medie una sentencia de condena*»[86], siempre que la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y que se de alguna de las circunstancias fácticas que el propio precepto prevé:

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

Como vemos hay en esta disposición a la que me acabo de referir una delimitación subjetiva en varios sentidos. No podemos decir que configure directamente la legitimación pasiva de estos procesos, pues en el supuesto a), primer inciso, el afectado ha fallecido y por consiguiente no puede ser parte de proce-

---

85. El artículo 803 ter d regula los efectos de la incomparecencia del tercero afectado por el decomiso y remite a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la rebeldía con algunas reglas específicas sobre la eventual posibilidad de solicitar la rescisión de la sentencia.

86. En contra de la denominación de este decomiso como «decomiso sin sentencia», *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA. N., *El decomiso...*, *op. cit.*, p. 195. Comparto sus apreciaciones, por cuanto sí se acuerda este decomiso por medio de una sentencia, como no podría ser de otra manera, y más concretamente incluso una sentencia declarativa de condena que estima la pretensión ejercitada, por muy autónoma que haya sido la vía de tramitación.

so alguno. Pero el resto de sujetos sí que pueden ser aquellos contra los que se dirija la pretensión: el enfermo crónico, el rebelde o el exento de responsabilidad criminal o beneficiado por su extinción[87].

Nada obsta tampoco a la aplicación de la exigencia de llamar a posibles terceros afectados en este mismo procedimiento, pues lo contrario sería contradictorio con la finalidad que el propio ordenamiento reconoce, según hemos analizado en el apartado anterior. La incomparecencia del encausado rebelde y del tercero se regulan por los trámites ya aludidos que se prevén en el procedimiento para la intervención de los terceros afectados por el decomiso, es decir, por las normas de la rebeldía civil, aunque con las especialidades del artículo 803 ter d LECrim.

5.2.1. Naturaleza

Puesto que no se trata de exigir responsabilidad penal alguna a través de estos procedimientos, sino de obtener las consecuencias patrimoniales derivadas del decomiso, no puede afirmarse sin discusión que se trate de un proceso de naturaleza penal. No se trata, como vimos de imponer una pena, pero sí de una consecuencia accesoria, que en este procedimiento se convierte en principal y autónoma.

Entonces ¿cuál es la naturaleza de este procedimiento? Está claro que interviene un juez o tribunal (art. 803 ter f) ejerciendo su potestad jurisdiccional, por tanto es descartable la opción de considerarlo un mero procedimiento administrativo, pero si es un verdadero proceso ¿es un proceso civil? ¿o es realmente un proceso penal especial? Para empezar, debemos constatar que, aunque no sea un argumento en ningún caso determinante, su regulación se halla contenida en la LECrim. La actuación del Ministerio Fiscal como exclusiva parte activa también abonaría esta última conclusión. El decomiso tiene contenido un evidente contenido patrimonial, es cierto, pero se regula en el CP como una consecuencia derivada del delito, y la existencia de una actividad delictiva es presupuesto para su imposición.

Por ello, sin desconocer la existencia de argumentos en contra[88], en especial la remisión reiterada a normas de la LEC, parece razonable concluir que se trata de un proceso penal especial. Y es especial no sólo por su colocación sistemá-

---

87. Se añade en el apartado segundo del artículo 127 ter una norma de exclusión que refuerza la delimitación subjetiva de los legitimados pasivos, pues impide que la pretensión autónoma de decomiso se dirija contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado respecto al que existan indicios racionales de criminalidad salvo que, por las circunstancias que ya conocemos, se haya impedido la continuación del proceso penal.

88. Más ampliamente, *vid.* por todos, Nieva Fenoll, J., «El procedimiento…», *op. cit.*, pp. 579-580, y Rodríguez García, N., *El decomiso…*, *op. cit.*, pp. 250-253.

tica, ni por regirse por unos trámites especiales por mucho que se asimilen en algunos casos a los civiles, sino también porque su objeto tiene una predominante y particular naturaleza penal.

5.2.2. Objeto

Objeto del proceso de decomiso autónomo es la declaración fundada *(causa petendi)* por la que se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente de los mismos *(petitum).* En particular, cuando en un proceso penal determinado el Ministerio Fiscal se haya reservado su ejercicio por este procedimiento especial o cuando el autor del delito haya fallecido o esté en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.

En el artículo 803 ter a LECrim en realidad se añaden dos condiciones de procedibilidad. La primera se refiere a los casos de reserva por la Fiscalía, en los que, siguiendo las normas tradicionales aplicables a las reservas de las pretensiones de resarcimiento, el proceso donde se ejercite la pretensión reservada no podrá iniciarse si el proceso penal previo no ha terminado con sentencia firme. La segunda aplicable a los demás casos, exige que la pretensión no haya sido ejercitada con anterioridad en una mera aplicación de la autoridad de cosa juzgada material y se remite justamente al artículo donde se fijan los límites de la misma (art. 803 ter p LECrim).

La autonomía de la pretensión a la que nos estamos refiriendo es tal que se permite la acumulación de la solicitud del decomiso contra el encausado rebelde o persona con la capacidad modificada judicialmente en la causa seguida contra otros u otros encausados (art. 803 ter t LECrim).

5.2.3. Procedimiento

Curiosamente, el artículo 803 ter g se limita a una remisión al juicio verbal de la LEC, con las especialidades contenidas en este Capítulo II del Libro III ter del Libro IV de la LECrim. Desorienta sin duda esta remisión que parece no tener otro objetivo que aplicar una regulación sencilla y rápida para estas pretensiones. Pero las especialidades son tantas, empezando por la legitimación activa exclusiva de la Fiscalía (art. 803 ter q) y siguiendo con la exigencia de una demanda que no tiene nada de sucinta (art. 803 ter l LECrim) y una contestación equivalente (art. 803 ter m LECrim) que falta poco para que en la propia LECrim se hubiera previsto un procedimiento simple, pero completo, que evitaría las incertezas propias de esa remisión a un procedimiento pensado para otro tipo de asuntos, y además, bien conocido por las dudas que en la práctica ha suscitado en torno a la aplicación o no de ciertos trámi-

tes en él[89]. Por otra parte, las normas de recursos aplicables son las del procedimiento abreviado y las de revisión de la sentencia las de la propia LECrim (art. 803 ter r).

5.2.4. Problemas de prueba

El órgano competente (según las normas lógicas del art. 803 ter f de la LECrim) debe resolver sobre la prueba propuesta mediante auto, en el que se señalará la fecha y la hora para la vista. No cabe recurso contra esta resolución, aunque cabe reiterar la solicitud de prueba durante el juicio al que se refiere el artículo 803 ter o, es decir, la vista del artículo 433 LEC.

Hay que tener en cuenta aquí todas las consideraciones sobre las dificultades probatorias a las que ya nos hemos referido, en especial la reiterada previsión de inversiones legales de la carga de la prueba y la aplicación de indicios supuestamente objetivos, en los que la discrecionalidad del juez es grande, como hemos visto cuando me refería a la regulación general del decomiso en el Código Penal (arts. 127 y ss).

Cabe recordar que ya las normas internacionales, pensado en dar efectividad a la estimación de los decomisos establecían normas de este tipo. Un ejemplo ya lejano lo tenemos en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1988, según el cual cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

Y aquí está el *quid* de la cuestión: en qué medida se respetan los principios constitucionales cuando hay una inversión de la prueba en un proceso penal. Causa sin duda extrañeza; aunque la debería causar menos si pensamos que en estos casos se pretende partir de una constatación previa de la responsabilidad penal en la que sí debe haberse respetado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Esto sucederá en los casos en que haya habido reserva de la pretensión por parte del Fiscal, mientras ha proseguido el proceso penal ordinario hasta la sentencia firme.

Algunas dudas fundadas se plantean en el caso de fallecimiento del autor: si es autor de la infracción criminal en términos estrictamente jurídicos es porque

89. Como recuerda Nieva Fenoll, J., «El procedimiento…», *op. cit.*, p. 576: «*no existe procedimiento más sorpresivo e inseguro jurídicamente que el procedimiento verbal del proceso civil*».

así ha sido declarado por sentencia firme, pero si así fuera estaríamos en realidad en el supuesto primero de reserva de la pretensión por la Fiscalía —sólo que con el legitimado pasivo del proceso de decomiso autónomo fallecido, lo cual, como hemos visto, no impide su iniciación y su prosecución—. Pero las dudas son todavía mayores en los supuestos de rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio. En todos estos supuestos ¿cabe aplicar el mismo razonamiento de que existe una condena previa? Naturalmente no.

La única justificación para admitir la inversión de la carga de la prueba y la enorme fuerza de la prueba indiciaria —es decir, la aplicación de razonamientos valorativos legales en contra del legitimado pasivo salvo que se propongan, admitan, practiquen y valoren medios de prueba favorables a éste último— sería el carácter patrimonial del objeto litigioso[90] y, lo que es evidente, el propósito del legislador por la finalidad prioritaria de privar de los bienes, efectos y ganancias al demandado[91] —sí, demandado, aunque estemos en principio en un proceso penal (*ex* art. 803 ter l—).

5.2.5. Efectos

La sentencia podrá estimar la pretensión (no la demanda, como dice, el artículo 803 ter o. 1 LECrim, pues esta es el mero cauce, el escrito por el que se introduce en el proceso la pretensión) y en consecuencia acordar el decomiso de los bienes[92]; podrá estimar parcialmente la pretensión y acordar el decomiso en la parte de que corresponda, y liberando al resto de los bienes de las medidas que se les hubiera impuesto previamente[93], o finalmente, desestimar la pretensión por entender que concurre alguna de las circunstancias que han fundado la resistencia («*no procede por concurrir alguno de los motivos de oposición*»).

---

90. Como dice Nieva Fenoll, J., «El procedimiento…», *op. cit.*, p. 581: «*extender la técnica de tipificación más allá de lo indicado, entrando de lleno en el terreno probatorio, entraña los riesgos que quiso prevenir el sistema de prueba libre: automatismos arbitrarios, consiguiente falta de reflexión y finalmente declaraciones de culpabilidad indebidamente justificadas a través de unas premisas solo aparentemente cumplidas, o bien cumplidas del todo pero que en ese caso concreto carecen de sentido*».

91. Berdugo Gómez de la Torre, I., «Política criminal…», *op. cit.*, p. 41, habla, en este sentido, de un «*Derecho penal diferenciado con disminución de garantías para recuperar lo económico…*».

92. Tengamos en cuenta que la pretensión se dirigía a una privación de propiedad sobre determinados bienes, por tanto su estimación supone la aceptación jurisdiccional de un cambio en la titularidad sobre sesos bienes o de su valor equivalente, en definitiva una modificación respecto a la situación jurídica de titularidad que se refiere a unos derechos reales. Se trata por tanto de una sentencia de naturaleza constitutiva, como bien ha señalado Rodríguez García, N., *El decomiso…*, *op. cit.*, p. 300.

93. Lógicamente, cuanto se estime la pretensión, la sentencia debe fijar también la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia: «*debe identificar a los perjudicados, y en su caso —terceros de buena fe— fijar las indemnizaciones que correspondan*».

A) Cosa juzgada

Como en cualquier proceso en que se diriman cuestiones de fondo la sentencia firme desplegará los efectos de cosa juzgada material respecto a las personas contra las que se ha dirigido la pretensión y respecto a la causa de pedir que la ha fundamentado («*consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes del demandado*»). Obviamente, más allá de este límite subjetivo y objetivo la sentencia no impide el posterior enjuiciamiento del encausado si desaparecen las circunstancias que hasta ese momento lo impidieron (la rebeldía o la imposibilidad de comparecencia).

Respecto a la vertiente objetiva, el artículo 803 ter u LECrim permite que el Ministerio Fiscal pueda iniciar un nuevo proceso en el que se pretenda una nueva decisión sobre el decomiso cuando se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso, pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el proceso de decomiso ya finalizado, y desde luego, siempre que no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos. No es más que la aplicación de los límites objetivos de la primera sentencia, que no afecta a bienes sobre los que no se hubiera tratado en el anterior proceso[94].

B) Otros efectos

El artículo 127 octies CP, aparte de permitir durante la pendencia del proceso la realización anticipada o la utilización provisional los bienes y efectos intervenidos, una vez dictada la sentencia estimatoria establece que «*los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente*». A ello se remite precisamente el artículo 803 ter p, apartado tercero LECrim, cuando se refiere al destino de los bienes decomisados.

Añade además una disposición específica para los casos de decomiso de valor determinado, pues en este supuesto se debe requerir a la persona con relación a la cual se hubiera acordado para que proceda al pago de la cantidad correspondiente dentro de un plazo determinado, o para que designe bienes por valor suficiente a fin de hacer efectiva la orden de decomiso. Si no atiende el requerimiento, se permite al Ministerio Fiscal una labor de investigación, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por me-

94. *Vid.* Fairén Guillén, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 521 y ss.

dio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, con el objetivo de localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso[95].

95. Siendo constitutiva la sentencia estimatoria, eso no impide la necesidad de una ejecución impropia, en el sentido que expone GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las nuevas herramientas procesales…», *op. cit.*, «*vendrá integrada por el desarrollo de las actuaciones precisas para que el Estado se haga con la posesión o el control jurídico respecto de los bienes y derechos decomisados (cfr., por analogía, lo dispuesto en el artículo 522 LEC). En función de la naturaleza y características de los bienes, esta actividad ejecutiva puede presentar rasgos diversos: la toma directa (o por la fuerza) de los bienes en cuestión que se hallaran hasta ese momento en poder de otro; una simple entrega directa al Estado si se trata de activos líquidos, como cantidades de dinero o saldos de cuentas bancarias, que ya estuvieran incautadas cautelarmente; o la expedición de mandamiento al Registro público correspondiente para inscribir la nueva titularidad estatal del bien*».

La intervención de terceros afectados por el decomiso*

Jesús Conde Fuentes
Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura

1. Consideraciones introductorias

La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*[1](en adelante Directiva 2014/42/UE), ha exigido a los Estados miembros la articulación de cauces para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras de decomiso. En el plano internacional, hace años que el legislador tiene la firme convicción de que el decomiso, junto al delito de blanqueo de capitales, se erija en la herramienta esencial para combatir la delincuencia organizada así como, con carácter general, aquella otra que tiene que ver con la búsqueda de beneficios económicos. De este modo, ante los informes de la Comisión Europea, en los que se concluye que el decomiso se ha visto obstaculizado como consecuencia de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros, la Directiva 2014/42/UE pretende modificar y ampliar las disposiciones establecidas en las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/2015/JAI del Consejo; Decisiones Marco que deben sustituirse parcialmente para los Estados miembros obligados[2].

* Estudio realizado en el marco del Proyecto «Asignaturas pendientes del sistema procesal español» (DER2017-83125-P), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciado con FEDER.

1. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de abril de 2014 (L 127/39).

2. No en vano, con anterioridad a la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, que efectuaba la transposición de la Decisión Marco 2005/2012/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, introdujo el decomiso ampliado, al establecer una presunción legal de que se pudiera considerar proveniente del delito el patrimonio del condenado por pertenencia a organización o grupo criminal o terrorista, cuyo valor sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales. A mayor abundamiento, la reforma de 2010 acababa con la hasta entonces vigente exclusión del comiso para los delitos imprudentes. Han sido muy numerosas las normas y reformas en materia de decomiso en los últimos años, aunque la principal ha sido la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, norma que hoy se ha convertido en la mencionada Directiva 2014/42/UE.

En lo que a nuestro país se refiere, la trasposición de la Directiva 2014/42/UE se ha producido en dos textos normativos que abordan los aspectos sustantivos y procesales, respectivamente.

En primer lugar, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (en adelante Ley Orgánica 1/2015). La Exposición de Motivos (VIII) califica la reforma como «una revisión técnica de la regulación del decomiso» y en la que debemos advertir, ante todo, que el comiso —como denominación propia de nuestro Código Penal— pasa a llamarse «decomiso» para adaptarse a la norma europea[3]. No obstante, lo cierto es que se acomete una profunda modificación que afecta a la regulación general de esta institución, pues además de introducir el decomiso autónomo, extiende el ampliado a otros supuestos, desarrolla la regulación del decomiso de bienes de terceros y pone fin al doble régimen de decomiso existente hasta entonces, según se tratara de delitos contra la salud pública o de otra naturaleza (*vid*. arts. 127 y 127 bis a 127 octies CP).

En segundo lugar, mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* (en adelante Ley 41/2015), que ha introducido en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo Título III ter, que a su vez se divide en dos capítulos. El primero está relacionado con la intervención en el proceso penal de terceros que, sin haber sido investigados, encausados o acusados como posibles responsables del delito, puedan resultar afectados en sus intereses por el eventual decomiso de sus bienes (arts. 803 ter a. al 803 ter d. LECrim), mientras que el segundo de los capítulos está dedicado a la regulación del nuevo procedimiento de decomiso autónomo (arts. 803 ter e. al 803 ter u. LECrim).

La reforma de la Ley Orgánica 1/2015, junto con la operada por la Ley 41/2015, han dotado a nuestro ordenamiento jurídico de unos instrumentos *pretendidamente* [la cursiva es nuestra] eficaces para la lucha contra la delincuencia económica desde la perspectiva de la incautación de los beneficios generados por dicha actividad delictiva. Sin embargo, la tramitación parlamentaria paralela de ambos textos normativos no se caracterizó por la coordinación, como se desprende de los mismos, puesto que presentan diversas contradicciones, solapamientos y errores técnicos, que pueden comprometer —creemos— su efectiva aplicación.

---

3. Así lo establece la Disposición número doscientos sesenta del artículo único de la citada Ley Orgánica 1/2015 que dispone que todas las referencias contendidas en el Código Penal al término «comiso» se sustituyen por el término «decomiso».

Partiendo de lo anterior, nuestro trabajo se centrará exclusivamente en analizar la intervención en el proceso penal de los terceros afectados por el decomiso. Con esta finalidad, examinaremos el régimen jurídico del decomiso, la llamada al proceso de los terceros, las especialidades de su intervención y citación a juicio, las posibles conductas que pueden adoptar, así como lo relativo a la sentencia y el régimen de recursos. A continuación, abordaremos la intervención de los terceros en el nuevo procedimiento de decomiso autónomo, no sin antes plasmar —sucintamente— las principales características de dicho procedimiento. Al respecto, no sólo haremos cumplida referencia a las novedades introducidas, sino que también serán examinadas con la intención de identificar todas aquellas cuestiones controvertidas relacionadas con su aplicación práctica.

2. La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso

2.1. Régimen jurídico del decomiso de bienes en poder de terceros

Antes de todo, conviene aclarar qué se entiende por decomiso. El artículo 2.4 de la Directiva 2014/42/UE lo define como «*la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal*». Nos encontramos ante un concepto amplio que permite el decomiso fuera del proceso penal, aunque la causa del mismo siga siendo, en todo caso, la relación del bien con una infracción de naturaleza penal. En este sentido, se ha criticado por parte de la doctrina que un concepto tan genérico no delimita la diferencia entre el decomiso y otras figuras similares, «como puede ser el embargo o adjudicación de bienes en ejecución de responsabilidades pecuniarias derivadas de un delito, si bien suponen la privación de tales bienes por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal, no constituye el decomiso de los mismos»[4].

Por su parte, nuestro Código Penal no contiene una definición propiamente dicha de decomiso, si bien el artículo 127.1 señala que: «*Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*».

4. Del Cerro Esteban, J. A., «La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)», p. 4. Disponible en internet: www.fiscal.es, consulta de 10 de septiembre de 2017.

En lo que respecta a la doctrina científica, ésta ha definido el decomiso como una medida en la que el Estado se adjudica las ganancias relacionadas con la actividad criminal y los bienes de lícito e ilícito comercio que participan en ella o constituyen su producto, a fin de evitar que se reutilicen o se reinviertan en nuevas conductas criminales[5]. Así pues, el decomiso es una sanción que recae sobre los bienes y ganancias que puede ostentar el autor, el inductor, el cooperador, el autor mediato, el cómplice o el tercero, a diferencia de la causa de la sanción penal del tipo delictivo que recae *ad personam*[6]. Además, no existe óbice alguno para el decomiso recaiga sobre bienes que han sido adquiridos con anterioridad, de manera simultánea o con posterioridad al *iter criminis* o bien afecte al sujeto rebelde o exento de pena[7].

En definitiva, podemos afirmar que el decomiso debe reunir, al menos, tres características básicas: la privación definitiva de un bien, que ésta sea acordada por un órgano jurisdiccional y que exista una relación entre el bien y un ilícito penal. Téngase en cuenta que la ocultación del patrimonio procedente de actividades ilícitas es uno de los efectos de la denominada delincuencia económica y cuyos medios para ocultar dichas ganancias son heterogéneos; a saber: operaciones de cesiones de bienes, compraventas simuladas, utilización de testaferros, complejas operaciones de ingeniería financiera etc.[8].

Partiendo de lo anterior, la finalidad de la reforma es que el decomiso de bienes en poder de terceros sea un medio eficaz para intentar evitar las diferentes técnicas que usan los delincuentes para el ocultamiento del patrimonio[9]. Al

---

5. Cerezo Domínguez, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004, p. 5.

6. Gascón Inchausti, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», en Robles Garzón, J. A. (Coord.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano: Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Tomo I, Servicio de publicaciones de la Diputación de Málaga, Málaga, 2006, p. 589.

7. Al respecto, Portal Manrubia, J., «Aspectos sustantivos y procesales del decomiso», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3, 2016, p. 5.

8. Al respecto, Antón y Abajo, A.., «Decomiso y medidas de aseguramiento. Algunas consideraciones sobre la intervención penal frente al patrimonio criminal en un contexto globalizado», en Aliste Santos, T. (Dir.), *La globalización jurídica*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 413.
Autores como Gimeno Beviá consideran que el decomiso es un instrumento indispensable en la recuperación de activos, puesto que permite neutralizar el beneficio que obtengan los delincuentes, lo que dificulta enormemente su financiación y, por tanto, limita su capacidad para seguir desempeñando actividades de carácter delictivo, Gimeno Beviá, J., «Recuperación de activo y proceso penal: algunas cuestiones relevantes», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, número 2, 2014, p. 172. En el mismo sentido, pero en relación con la reforma llevada cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *vid.* Cortés Bechiarelli, E., «Comiso», en Juanes Peces, Á (Dir.), *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 94.

9. Los tribunales se han ocupado de remarcar que para garantizar el eventual decomiso de bienes, medios e instrumentos derivados del delito, los jueces y tribunales han de cumplir con las exigencias que impone el artículo 127 octies del Código Penal, así como con las normas de los artículos 803 ter a. y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «*destinadas a la audiencia y defensa de los terceros que, sin ser investigados, encausados o acusados como posibles responsables del delito, puedan resultar afectados en sus intereses por el eventual decomiso de bienes*», *vid.* AAP de Granada (Sección Segunda) número 434/2017 de 22 de mayo.

respecto, la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 introduce la regulación del decomiso de bienes en poder de terceros en el artículo 127 *quater*[10].

El precepto distingue dos supuestos: el primero, cuando se trate de *efectos o ganancias*, en cuyo caso se requiere que se pruebe que el tercero los hubiera adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, su origen ilícito (art. 127 *quater*. 1. a. CP); y el segundo, en el caso de *otros bienes*, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso (art. 127 *quater*. 1. b. CP)[11].

El artículo 127 *quater* del Código penal contiene, además, una presunción *iuris tantum*, conforme a la cual se presumirá que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad delictiva o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado (art. 127 *quater*. 2 CP). Como señala Antón y Abajo, del tenor del precepto se desprende que «*quedan salvaguardados los terceros de buena fe cuando se trate de adquisiciones a título oneroso, lo que pondrá en marcha el comiso por equivalente o por sustitución*»[12]. No obstante, a nuestro juicio, la buena fe del tercero excluye la aplicación del precepto, siem-

---

10. «*a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.*
b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.
2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado».

11. El Tribunal Supremo se ha encargado de elaborar una doctrina jurisprudencial relativa al decomiso de bienes procedentes del tráfico de drogas (*vid.*, entre otras, la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal de 15 de julio de 2003) según la cual «*el artículo 374 CP, que es una norma especial en relación con la general del decomiso del artículo 127, se refiere a dicha consecuencia en materia de tráfico de drogas con un alcance omnicomprensivo que abarca desde las propias sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, los equipos materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, vehículos, buques…y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores (368 a 373), o provengan de los mismos, así como de las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar, con una excepción, que también reproduce el artículo 127, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, añadiendo en precepto mencionado en segundo lugar que los haya adquirido legalmente*». Esta doctrina jurisprudencial se encuentra recogida en la SAP de Málaga (Sección Cuarta) número 271/2016 de 11 de mayo.

12. Antón y Abajo, A., «Decomiso y medidas de aseguramiento. Algunas consideraciones sobre la intervención penal frente al patrimonio criminal en un contexto globalizado», *op. cit.*, p. 415.

pre que, con inversión de la carga de la prueba y en contra de la presunción *iuris tantum* establecida, se justifique el porqué de dicha adquisición gratuita o a un «*precio inferior al real de mercado*»; expresión que deberá ser acotada por parte de los tribunales[13].

La doctrina científica ha criticado ampliamente la redacción del artículo 127 *quater* del Código Penal por cuanto exige la necesidad de una previa transmisión que, en diversas ocasiones, o no existirá o difícilmente se podrá probar, existiendo tan sólo una titularidad de hecho o la posesión por el tercero del bien que es objeto, instrumento o producto del delito. De este modo, si no hay una transmisión de bienes, que la acusación en principio debería probar, sería imposible el decomiso de esos bienes de titularidad de terceros[14]. En la práctica, creemos que este hecho va a limitar la ejecución del decomiso de bienes en poder de terceros.

A mayor abundamiento, conviene señalar que las conductas del tercero que se recogen en el precepto que estamos analizando pueden ser constitutivas de delitos cometidos por el mismo tercero, y frente a las cuales podrían ejercitarse acciones penales. En el supuesto de la letra a) encontramos los delitos de receptación y el de blanqueo de capitales (*vid*. arts. 298 a 304 CP), mientras que en el supuesto de la letra b) tenemos el delito de frustración de la ejecución (*vid*. arts. 258 a 258 ter CP). En este sentido, Díaz Cabiale pone el acento en el hecho de que el decomiso de bienes en poder de terceros constituye un supuesto excepcional en el que la comisión de un delito por un sujeto se torna en el presupuesto de la responsabilidad penal de otro (el tercero)[15].

En cualquier caso, cuando la actuación del tercero sea constitutiva de delito se deberá perseguir el hecho punible llevado a cabo en el correspondiente proceso, ya sea independiente o sea acumulado al principal según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En caso de acumulación de procesos, las responsabilidades por ambos delitos de dilucidarán en una misma sentencia sin riesgo de resoluciones judiciales contradictorias, pero cuando no se produzca la acumulación existe la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias, cuyo cauce de resolución será el recurso de revisión[16].

---

13. En este sentido, resulta más precisa la literalidad empleada por la Directiva 2014/42/UE que utiliza la expresión: «*importe significativamente inferior al valor de mercado*» (*vid.* Considerando 24 y artículo 6).

14. Entre otros, Campos Navas, D., «La regulación del decomiso. Reforma del Código Penal», *Cuadernos Digitales de Formación*, número 46, 2015, p. 23; Antón y Abajo, A., «Decomiso y medidas de aseguramiento. Algunas consideraciones sobre la intervención penal frente al patrimonio criminal en un contexto globalizado», *op. cit.*, p. 416.

15. Díaz Cabiale, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 18-10, 2016, p. 59.

16. Al respecto, Del Cerro Esteban, J. A., «La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)», *op. cit.*, p. 30.

2.2. Llamada al proceso de terceros que puedan resultar afectados por el decomiso

El legislador español siguiendo las indicaciones de la Directiva 2014/42/UE ha regulado, en el artículo 803 ter a. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el derecho de audiencia de aquellos terceros que puedan resultar afectados por el decomiso; previsión con la que se satisfacen sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo (*cfr*. art. 8.1 Directiva 2014/42/UE). La llamada de los terceros al proceso penal podrá ser acordada por el juez o tribunal tanto de oficio como a instancia de parte (art. 803 ter a.1 *in limine* LECrim)[17], determinándose la existencia de dos clases de terceros.

En primer lugar, la de aquellos terceros que no participaron en la actividad delictiva pero que adquirieron bienes con conocimiento, o teniendo motivos para sospechar, de su procedencia delictiva (art. 803 ter a.1.a. LECrim). En este caso, el presupuesto para acordar el decomiso es la ausencia de buena fe del tercero, pues si el titular adquirió el bien de buena fe, el decomiso no puede llevarse a cabo. Por tanto, a efectos de acordar el decomiso, el mencionado artículo 127 *quater* del Código Penal prevé los casos en los que cabe apreciar mala fe en el tercero adquirente, que como ya indicamos anteriormente su actividad podría ser constitutiva de ciertos delitos dolosos[18].

En segundo lugar, se prevé la audiencia de terceros que ostenten derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita y que podrían verse afectados por el mismo (art. 803 ter a.1.b. LECrim). Se trata de proteger a terceros que, sin ser titulares del bien, ostentan derechos sobre éste y se van a ver necesariamente afectados por la sanción; a saber: el inquilino de un inmueble, el copropietario de un bien que se decomisa la cuota correspondiente a otro copropietario, el prestatario cuando se ha celebrado un contrato de préstamo, el titular de un derecho de usufructo etc. En este caso, resulta fundamental esclarecer la buena fe del tercero, porque en caso contrario no tiene sentido reconocer derecho alguno y, al margen de la posible comisión de un delito, el juez o tribunal estaría habilitado para anular el negocio jurídico en cuestión[19].

---

17. Aunque no se contempla la posibilidad de que los terceros afectados puedan formular solicitud, creemos que nada empece para que puedan dirigirse al juez o tribunal para la adopción por éste, ex officio, de la resolución de llamada al proceso (auto), si se constata alguno de los supuestos que permiten su llamada al proceso penal (art. 803 ter.a.1 LECrim).

18. En este sentido, nuestros tribunales se han encargado de establecer que aquellas personas cuya titularidad respecto de un bien sea más aparente que real como sucede en los casos en que se emplea para encubrir o enmascarar a una persona interpuesta o testaferro, no tienen la condición de terceros afectados por el decomiso, con independencia de la inexistencia de buena fe en la adquisición del bien porque conocían el origen ilícito del dinero empleado para la compra de los bienes, *cfr.* SAP de Málaga (Sección Cuarta) número 271/2016 de 11 de mayo (JUR 2016/222101).

19. Díaz Cabiale, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *op. cit.*, p. 63. En la jurisprudencia también se afirma así, *vid.* STS (Sala Segunda) número 450/2007 de 30 de mayo.

En definitiva, con la integración de terceros en el proceso penal se trata de evitar que se actúe frente al patrimonio o a frente a los derechos de aquellos terceros que no tienen nada que ver con la actividad ilícita que se está investigando. Nos estamos refiriendo a aquellos terceros que no hayan tenido una relación económica ilícita con el encausado, sino simplemente de amistad o de parentesco[20].

El apartado segundo del artículo 803 ter a. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge una serie de supuestos en los que se puede prescindir de la intervención de los terceros en el proceso penal; a saber: a) si no se les puede identificar (art. 803 ter a.2.a. LECrim), aunque podrán hacer valer la audiencia al rebelde *ex* art. 803 ter d.; b) si no se les puede localizar (art. 803 ter a.2.a. LECrim); y c) si no acreditan su legitimación o si se trata de personas interpuestas (testaferros) vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él (art. 803 ter a.2.b. LECrim). La doctrina considera que, en cualquier caso, debería consentirse la intervención del tercero para salvaguardar el principio de audiencia, pues siempre que existan indicios suficientes concurre un innegable interés legítimo del tercero[21].

Frente a la resolución por la que el juez o tribunal declare improcedente la intervención del tercero en el proceso penal se podrá interponer recurso de apelación (art. 803 ter.a.3 LECrim). Esta previsión es posible cuando la decisión sobre la intervención del tercero sea efectuada por un juzgado de instrucción. Sin embargo, es posible que la intervención se lleve a cabo una vez finalizada la instrucción, «*pues el tercero puede ser llamado como consecuencia de la acción de decomiso planteada contra el mismo en el escrito de acusación o de calificaciones provisionales o puede solicitar comparecer al tener conocimiento de la acción ejercitada sobre el bien sobre el que ostenta derecho*»[22]. Por tanto, la disposición será inaplicable, por inexistencia de cauce procesal esta-

---

20. En este sentido, Nieva Fenoll considera que para evitar incurrir en una auténtica caza de brujas, «*la clave, ni so existe una prueba directa de la relación económica entre el reo y el tercero, debe ser la anormalidad de la operación económica en sí misma considerada dentro de la vida negocial cotidiana del tercero. Es decir, que surja de repente un negocio del que pueda sospecharse su relación con el reo que se salga de lo habitual, sea por la naturaleza del negocio o por su cuantía. Sin esa evidencia será muy difícil conseguir la condena del tercero en el proceso del decomiso* (...)», Nieva Fenoll, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *Diario La Ley*, número 8601, de 9 de septiembre de 2015, p. 13.

21. *Cfr.* Díaz Cabiale, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *op. cit.*, p. 65. El autor considera, además, que no tiene sentido remitir al tercero a que ejercite una tercería (art. 996 LECrim) como sucedía antes de preverse la intervención de los terceros. A modo de ejemplo, así se hacía en la STS (Sala de lo Penal) número 676/212 de 26 de julio.
En sentido parecido, se ha considerado que aunque hubiera sido más acertado que el artículo 803 ter a.2 hubiera calificado las situaciones descritas como «manifiestas», para no causar vulneraciones del derecho de defensa, lo cierto es que no lo hace, pero el espíritu del precepto parece ir en esa dirección, Nieva Fenoll, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *op. cit.*, p. 3.

22. Del Cerro Esteban, J. A., «La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)», *op. cit.*, p. 31.

blecido, toda vez que las resoluciones adoptadas por un tribunal colegiado en forma de auto no son apelables.

Por último, en relación con la declaración del tercero, el artículo 803 ter.a.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que «*en el caso de que se acordase recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá en el contenido del art. 416*», precepto que contempla los supuestos de dispensa de la obligación de declarar; en este caso por razón de parentesco para evitar su autoinculpación. Al respecto, conviene aclarar que para el tercero el decomiso no es una sanción penal sino civil, que consiste en la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico adquisitivo por estar basado en una causa ilícita. Precisamente éste es el motivo por el que, a los efectos del artículo 416, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 803 ter.a.5) equipara al tercero con la figura del testigo y no con la del encausado; de ahí que con respecto al tercero no sea aplicable la presunción de inocencia.

No obstante, algunos autores sostienen que si el tercero es llamado a declarar pero resulta que el hecho del que se deriva el decomiso es constitutivo de delito y el tercero no ha sido enjuiciado, le resulta aplicable la presunción de inocencia y deberá informársele de los derechos establecidos en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluido el derecho a no declarar[23].

2.3. Especialidades de la intervención y citación a juicio del tercero

El artículo 803 ter b.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso podrán participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención, aunque la limita a «*los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado*».

Desde la óptica procesal, se trata de una *intervención provocada* que conlleva la conversión en *parte procesal* del tercero, si bien su intervención se ciñe a aquello que le afecta directamente (a sus bienes, derechos o situación jurídica) y no se puede extender a cuestiones que tengan que ver con la responsabilidad penal del encausado; limitación que existe en la primera instancia, en los recursos y en la acción rescisoria (*cfr.* arts. 803 ter b.1, 803 ter c y 803 ter d.1 LECrim)[24]. Esta limitación intenta evitar la complicación del proceso penal,

23. *Cfr.* Del Cerro Esteban, J. A., «La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)», *op. cit.*, p. 32.

24. En la práctica, nuestros han tribunales se han ocupado de establecer que los investigados carecen de legitimación para solicitar al tribunal que proceda a la devolución de una determinada cantidad de dinero decomisada, que en

aunque compromete el principio de audiencia del tercero, puesto que la responsabilidad de éste —cuestión prejudicial— estriba en la comisión de un delito por parte del investigado o acusado.

En este sentido, la doctrina considera inadecuado que al tercero no se le permita alegar al respecto, del mismo modo que en un proceso civil cualquier tercero que se vea afectado por el fallo anterior puede impugnar su contenido haciendo valer aquello que no se planteó en el pleito primigenio y demostrando el error que sea ha cometido a la hora de aplicar el derecho sustantivo[25]. Por lo tanto, esta limitación desvirtúa el sentido que debería tener la intervención del tercero, que sería la de defender plenamente sus derechos o situación jurídica, incluso en relación con la responsabilidad penal del encausado, en todo aquello que condicione la suya[26].

El apartado segundo del artículo 803 ter b. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el tercero deberá intervenir con la asistencia de abogado, por lo que no resulta exigible la representación mediante procurador. Es posible que el juicio se celebre en ausencia del tercero, cuestión sobre la que será advertido en la correspondiente citación (art. 803 ter.b.3 LECrim)[27]. Además, no es necesaria su presencia física en el juicio, pudiendo actuar mediante su representación legal (art. 803 ter.b.3 *in fine* LECrim), que será su abogado.

Por último, el apartado cuarto del artículo 803 ter b. señala que la incomparecencia del tercero no impedirá la continuación del proceso; cuestión sobre la que volveremos más adelante (*vid*. art. 803 ter.d. LECrim).

---

el momento de la detención llevaban éstos encima, por pertenecer a una tercera persona de buena fe que no se ha personado en el proceso penal. Por tanto, se afirma que tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2015 es el tercero afectado por el decomiso el único legitimado para intervenir en el proceso penal e impugnar la decisión del tribunal de proceder al decomiso del dinero en este caso, *vid.* AAP de Barcelona (Sección Tercera) número 399/2017 de 23 de mayo.

25. Díaz Cabiale, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *op. cit.*, p. 67. El autor señala, además, que «*no cabe olvidar que el régimen procesal de los terceros civilmente responsables se regula de forma singularmente sucinta, art. 616 LECrim, por lo que estas previsiones podrían resultar también aplicables dado que incluso en el proyecto de Código Procesal Penal el régimen de los terceros afectados, civil y penalmente por el fallo era el mismo y, consiguientemente, las previsiones del art. 803 ter d. LECrim (correspondientes al art. 76 del proyecto) alcanzarían a ambos sin distinción*».

26. A favor de que el tercero pueda defenderse con amplitud, *cfr.* Del Cerro Esteban, J. A., «La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)», *op. cit.*, p. 33; Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 454 y 455.

27. Así se recoge expresamente en la STC 126/2011, de 18 de julio.

2.4. Posibles conductas del tercero

Son varias las conductas que puede adoptar el tercero frente a la acción de decomiso:

En primer lugar, los terceros afectados por el decomiso pueden decidir no oponerse al mismo o abandonar el proceso penal (art. 803 ter.a.4 LECrim), lo que implica que no se acuerde su intervención o que se ponga fin a la ya acordada; hecho que conlleva una serie de consecuencias. Si se trata de terceros titulares del bien ello no tendría eficacia directa sobre el decomiso, puesto que el ejercicio del *ius puniendi* es una materia indisponible. Al respecto, la doctrina considera que nos encontraríamos ante un allanamiento por tratarse de una acción civil[28]. Por el contario, sí se podría disponer del derecho que el tercero ostenta sobre el bien: se abandonaría aquél y el bien estaría libre del gravamen de que se trate, lo que vincularía al tribunal y sería plasmado en el fallo.

En cualquier caso, se trate de unos u otros terceros, la doctrina considera que no tiene sentido la pérdida de la condición de parte que prevé el legislador, puesto que se trata de pronunciamientos con eficacia de cosa juzgada (limitada al decomiso). En definitiva, lo más prudente sería que el proceso continuase sin la presencia de los terceros pero conservando su estatuto de parte que es lo que impone el principio de audiencia[29].

En segundo lugar, el tercero puede oponerse rechazando la acción de decomiso, pidiendo su desestimación en todo o en parte, aunque, como ya examinamos anteriormente, su intervención se ciñe a aquello que le afecta directamente (a sus bienes, derechos o situación jurídica) y no se puede extender a cuestiones que tengan que ver con la responsabilidad penal del encausado (art. 803 ter b.1 LECrim).

En tercer lugar, el tercero puede personarse y permanecer inactivo (falta de contestación), hecho que no empece para que el proceso continúe y se le tenga por opuesto al decomiso, toda vez que personado en el proceso el tercero puede asistir al juicio personalmente o mediante su abogado o no asistir, sin que su incomparecencia suponga la suspensión del proceso (*cfr.* art. 803 ter b. apartados 3 y 4 LECrim).

---

28. *Cfr.* Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, *op. cit.*, pp. 455 y 456.

29. Así, Díaz Cabiale, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *op. cit.*, p. 66.

En cuarto lugar, si el tercero no comparece en el proceso se le declarará en rebeldía con las consecuencias y recursos —la audiencia al rebelde— que se prevén al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien se añaden algunas especialidades en el caso de la sustanciación de la audiencia al rebelde (art. 803 ter.d LECrim).

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la rebeldía del demandado en el Título V del Libro II (arts. 496 a 598), estableciendo la posibilidad de *rescisión* de la sentencia dictada en una serie de supuestos recogidos en el artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[30]. El ejercicio de la acción rescisoria se sujeta al cumplimiento de los siguientes plazos: de veinte días, a partir de la notificación de la sentencia firme, si dicha notificación se hubiere practicado personalmente; y de cuatro meses, a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, si la resolución no se notificó personalmente (art. 502 LEC).

El artículo 803 ter.d de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remite, en un principio, a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan, dentro de la audiencia al rebelde, la primera fase relativa a la concesión de la audiencia (arts. 501 a 506 LEC). Si se estima la rescisión de la sentencia dictada en rebeldía se volvería a enjuiciar la acción de decomiso frente al tercero, si bien para la sustanciación de la audiencia la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene una serie de reglas especiales que se apartan de las previsiones contendidas en los artículos 507 y 508 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, en el apartado primero del artículo 803 ter d. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se establece que «*en caso de rescisión de la sentencia, la misma se limitará a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica*». Esta previsión es acorde con las posibilidades de intervención del tercero que hemos examinado, de modo que la sentencia queda intacta en todos los demás extremos que sean distintos del decomiso del bien sobre el cual el tercero ostenta derecho.

---

30. Artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «*Rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde. Casos en que procede:*
Los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme en los casos siguientes:
1.º De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.
2.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable.
3.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos».

A los efectos de la sustanciación de la audiencia tras la rescisión de la sentencia, el inciso final del apartado primero del artículo 803 ter d. acomoda la tramitación del proceso civil, en el que se vuelve a enjuiciar la acción planteada contra el tercero rebelde, a su situación en el proceso penal. Además, la norma equipara las conclusiones definitivas deducidas contra el tercero en el proceso penal en el que se ha dictado la sentencia rescindida con la demanda en un proceso civil (*cfr*. art. 803 ter d.1 letras a, b y c LECrim).

Finalmente, en lo que se refiere a la regulación de la ausencia del tercero afectado por el decomiso, la Ley de Enjuiciamiento Criminal equipara la situación del declarado rebelde con la del sujeto «*que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia*», al que se confieren los mismos derechos a los recursos y a la rescisión de la sentencia firme que al rebelde (*vid*. art. 803 ter d.2 LECrim).

2.5. Sentencia y recursos

La sentencia habrá de pronunciarse sobre la solicitud planteada, estimándola o desestimándola. El artículo 803 ter c. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la sentencia en la que se acuerde el decomiso será notificada al tercero afectado aunque no hubiera comparecido en el proceso (el rebelde voluntario), a no ser que nos encontremos en alguno de los supuestos en los que se puede prescindir de su intervención, recogidos en el artículo 803 ter.a.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El tercero afectado podrá interponer contra la sentencia «*los recursos previstos en esta ley*», es decir, los que procedan contra la sentencia[31], si bien deberá circunscribir su recurso —nuevamente— «*a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no podrá extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado*» (art. 803 ter c. *in fine* LECrim).

Por último, cabe indicar que, a diferencia de lo dispuesto en el proceso civil de ejecución respecto a las tercerías o los derechos de los ocupantes del inmueble (arts. 603, 620 y 675.2 LEC), no existe una limitación a la eficacia de cosa juz-

31. Conviene recordar que, a partir de la reforma operada por la Ley 41/2015, se prevé el recurso de apelación contra todas las sentencias penales (salvo para los aforados). En el procedimiento ordinario por delitos graves, el recurso de apelación —previo el de reforma— se encuentra regulado en los artículos 222 a 232 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras que en el procedimiento abreviado la regulación se encuentra inserta en los artículos 790 a 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También pueden ser procedentes algunos recursos frente a resoluciones interlocutorias, como el recurso de queja (arts. 233 a 235 LECrim), o recursos extraordinarios como el de casación (arts. 847 y ss. LECrim).

gada del pronunciamiento sobre la situación jurídica del tercero, siempre que este haya sido parte en el proceso penal[32]. Por el contrario, la cosa juzgada no afectará a quien no fue parte en el proceso, de modo que el efecto de cosa juzgada material no se extiende al tercero, titular de bienes decomisados, que no haya sido parte en el proceso penal[33].

En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de subrayar que el tercero que se viera envuelto en una ejecución indebida, ya sea por actos nulos, ya sea por actos inocuos, podrá acudir a un procedimiento declarativo ordinario posterior para obtener la nulidad de los actos afectados por las irregularidades; que prosperará si se demuestra que el tercero es adquirente de buena fe[34].

3. La intervención de terceros en el procedimiento de decomiso autónomo

El decomiso suele decretarse, como regla general, en la sentencia de condena dictada en el proceso penal (*vid. supra*). Para los casos en que ello no sea posible, el legislador de 2015 ha regulado un procedimiento de decomiso, llamado por ello autónomo, con la finalidad —en palabras de la Exposición de Motivos (III) de la Ley 41/2015— de «*permitir la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado*»[35]. Nos encontramos ante un procedimiento especial, regulado en los artículos 803 ter e.

---

32. Al respecto, Díaz Cabiale, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *op. cit.*, p. 67. El autor señala que esta circunstancia es «*lógica cuando se trata del tercero titular del bien: se ha hecho valer una acción penal con una pretensión punitiva concreta: la privación del dominio, y que parece también ineludible si se trata de los otros terceros dada su incorporación como partes y se les permite intervenir en la forma señalada. Al pronunciarse sobre dicha eficacia sobre la vigencia de los derechos de estos últimos terceros se está ampliando la jurisdicción por razón del objeto del tribunal penal*».

33. En este sentido, la STC 28/1995, de 6 de febrero, anula una sentencia penal condenatoria en lo que se refiere a un tercero responsable civil que no había sido parte, declarando expresamente la posibilidad de abrir un proceso civil contra el mismo, después que se denegase la nulidad de actuaciones planteada cuando la sentencia penal se hallaba ya en ejecución, señalando, por un lado, que dicha denegación de la nulidad de actuaciones, concretada en que se volviese al momento de la celebración del juicio, «*no lesiona directamente derecho alguno, sino que limita a denegar el remedio que el recurrente en amparo solicitaba, por entender el órgano judicial que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 240 LOPJ, no estaba en su poder concederlo* (...)», y por otro lado, que «*no es necesario extender el contenido del fallo a tales términos para reparar la lesión constitucional denunciada; pues el reconocimiento de la misma y el consiguiente restablecimiento del demandante en el derecho fundamental vulnerado queda satisfecho con la declaración de nulidad de aquella parte de la condena que se refiera al mismo, sin perjuicio de que en un proceso declarativo ulterior pueda discutirse y decidirse la responsabilidad civil subsidiaria de aquél, para lo cual se hace expresa reserva de las acciones civiles que corresponden a los perjudicados* (...)».

34. Así lo declaró la STS (Sala Primera) número 186/1993, de 8 de marzo.

35. No pretendemos en este apartado hacer un análisis exhaustivo del procedimiento de decomiso autónomo, pero sí abordar la novedad que supone su implantación en un nuestro ordenamiento jurídico, así como la intervención de los terceros afectados por el decomiso en dicho procedimiento.

a 803 ter u. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo objetivo es llevar a cabo el decomiso ante la imposibilidad de exigir la restante responsabilidad penal al autor de los hechos.

Según dispone el artículo 803 ter e.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los casos en que procede son los siguientes: a) cuando el Ministerio Fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación; y b) cuando el autor del hecho punible haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio[36].

La doctrina, que ha criticado la defectuosa redacción de los preceptos que regulan el procedimiento de decomiso autónomo, ha sistematizado con acierto los casos en los que procedería su adopción: 1) rebeldía del reo; b) muerte del reo; c) enfermedad del reo; d) exención de la responsabilidad criminal; y e) supuestos en que sea compleja la determinación de los terceros propietarios del patrimonio delictual y el fiscal hubiere reservado la determinación del decomiso[37].

En cualquier caso, la intención del legislador es hacer frente a aquellas situaciones que impedían a las autoridades dirigirse contra los bienes, efectos y ganancias del responsable criminal ya fallecido, que estuviera en rebeldía, o se encontrara en una situación de incapacidad. De este modo, el procedimiento de decomiso autónomo se convierte en «*una respuesta de índole económica ante comportamientos antijurídicos que son muy efectivos, y donde existía una importante laguna que impedía dirigirse contra esos posibles bienes derivados de actividades ilícitas que quedaban en un limbo sin respuesta*»[38].

El artículo 803 ter g. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que será aplicable al procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras del

---

36. Así pues, los indicios de criminalidad para que se pueda iniciar el procedimiento de decomiso autónomo deben recogerse en las siguientes resoluciones: auto de sobreseimiento por fallecimiento (arts. 115 y 637.3º LECrim y 127 ter a. CP); auto de declaración de rebeldía con anterioridad a la celebración del juicio oral (arts. 513 y 839 LECrim y 127 ter b. CP); auto de procesamiento y auto de apertura del juicio oral en el procedimiento ordinario, siendo éste último el que debe presentarse si la rebeldía acontece durante el acto del juicio oral (arts. 384, 633 y 841 LECrim); y, por último, auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado (arts. 779.4ª, 780.1 y 783.1 LECrim). Al respecto, según afirma Portal Manrubia, «*la acumulación del procedimiento de decomiso autónomo al procedimiento penal principal se puede instar con el encausado rebelde o persona con la capacidad modificada judicialmente, siempre que el procedimiento penal se encuentre pendiente por existir pluralidad de responsables penales (art. 803 ter t. LECrim)*», Portal Manrubia, J., «Aspectos sustantivos y procesales del decomiso», *op. cit.*, p. 15.

37. Al respecto, Nieva Fenoll, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *op. cit.*, p. 4. En cuanto a la crítica relativa a la defectuosa redacción de la norma, *vid.*, también, González Montes, J. L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, 2015, pp. 1-20.

38. González Montes, J. L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», *op. cit.*, p. 13.

juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil salvo en aquellas cuestiones que no sean contradictorias con lo establecido en los preceptos que regulan el procedimiento que estamos examinando. Sin embargo, no es del todo cierto que el procedimiento de decomiso autónomo se sustancie conforme a las reglas del juicio verbal. Se prevé un cauce de contestación a la demanda escrito (art. 803 ter l.1 LECrim), donde además, con carácter previo a la celebración de la vista, se ha de dictar auto que resuelva sobre la admisión de la prueba propuesta por las partes (art. 803 ter n. LECrim). Sin embargo, la vista a la que son emplazadas las partes no se va a desarrollar según los trámites de la vista del juicio verbal (*vid*. art. 443 LEC), sino que se va a sustanciar conforme a los cauces del acto del juicio ordinario *ex* artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*vid*. art. 803 ter.o.1 LECrim).

En este punto, se plantea la duda de cuándo plantear y resolver las cuestiones procesales que se pudieran reproducir por las partes en el procedimiento. Resulta que el juicio verbal no tiene un trámite equivalente a la audiencia previa que permita resolver las excepciones planteadas por las partes con carácter previo a la vista, por lo que éstas deberían resolverse —en caso de no haberse planteado— en el comienzo de la vista del juicio verbal. Sin embargo, el desarrollo de la vista del juicio ordinario (art. 433 LEC) no está pensado para resolver estas cuestiones en primer lugar, pues ya quedaron resueltas en la audiencia previa, por lo que existiendo un trámite de contestación escrita, probablemente hubiera sido más sencillo mantener la referencia a la vista del juicio verbal (art. 443 LEC) en lugar de remitirse al acto del juicio del procedimiento ordinario[39].

La opción del legislador por otorgar la forma civil al procedimiento de decomiso autónomo encuentra su fundamento —en palabras de la Exposición de Motivos (III) de la Ley 41/2015— en que «*el procedimiento responde a un equilibrio entre la agilidad que le es propia y la garantía para las personas demandadas. Se ha optado por la remisión al procedimiento verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que contribuye a la seguridad jurídica*»; afirmación ésta última, cuanto menos, discutible si examinamos la defectuosa redacción del articulado que regula el procedimiento de decomiso autónomo (*v.gr*. el legislador unas veces habla de demandado y otras, a continuación, de encausado —arts. 803 ter j. y 803 ter k. LECrim).

Por tanto, cabe preguntarnos ¿cuál es la naturaleza jurídica del procedimiento de decomiso autónomo? ¿civil o penal? La doctrina científica coincide en que nos encontramos ante un procedimiento penal con una singular estructura

39. Al respecto, González Montes, J. L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», *op. cit.*, p. 13.

externa civil que no altera para nada el estatuto del investigado/acusado y las restantes garantías procesales que allí existen[40]. Por lo tanto, aunque lo que en este procedimiento se determine no afecta a un proceso penal posterior, lo que en el mismo se dilucida es una cuestión netamente penal, y no meramente patrimonial.

En cuanto a la competencia, el artículo 803 ter f. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé tres fueros alternativos de competencia objetiva: a) El juez o tribunal que hubiera dictado la sentencia firme; b) El juez o tribunal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida; y c) El juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la misma cuando ésta no se hubiera iniciado. De este modo, la competencia se ciñe al juzgado o tribunal que debiere conocer, o hubiere conocido, del juicio oral. En definitiva, la competencia se determina en función de si la pena es superior o inferior a cinco años de prisión, a la Audiencia Provincial —o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional— y al Juzgado de lo Penal —o al Juzgado Central de lo Penal—.

Respecto a la legitimación de las partes, activamente sólo está legitimado el Ministerio Fiscal sin que, por tanto, quepa instar este procedimiento ni a la acusación particular ni a la popular (art. 803 ter h. LECrim). Al respecto, conviene recordar que el Ministerio Fiscal decide en su escrito de acusación si reserva la petición de decomiso contra el responsable penal, señalando los bienes que son objeto del mismo (art. 803 ter e.2.a. LECrim). Sin embargo, su inicio se supedita a la existencia de una sentencia firme que resuelva las responsabilidades penales del encausado, alcanzando aquellos supuestos de exención y extinción de la responsabilidad penal (art. 803 ter e.3. LECrim). Por tanto, como afirma Portal Manrubia la vinculación de la actividad criminal con el patrimonio debe quedar probada en el procedimiento de decomiso autónomo, con el riesgo de que el proceso penal principal sea objeto de revisión, si los hechos punibles declarados probados en ambos procedimientos son contradictorios[41].

En relación con la legitimación pasiva, el procedimiento de decomiso autónomo no solo puede dirigirse frente al investigado o encausado en el proceso penal sino

---

40. Díaz Cabiale, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *op. cit.*, p. 55. En el mismo sentido, Nieva Fenoll, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *op. cit.*, pp. 8 y 9. No obstante, este autor considera que la determinación de la naturaleza es algo «*irrelevante toda vez que está determinado el juez competente, que es penal, y el procedimiento aplicable, que es un cauce civil aunque con importantes modificaciones que lo alejan de un esquema civilista, aunque en todo caso ésta sería una cuestión, valga la redundancia, meramente procedimental que no afectaría a esa naturaleza jurídica* (...) *A mi juicio, pudiendo consistir el procedimiento, aunque sea indirectamente, en la determinación de un hecho punible (art. 803 ter l. c. y d. LECrim), tiene una clara naturaleza penal*».

41. Portal Manrubia, J., «Aspectos sustantivos y procesales del decomiso», *op. cit.*, p. 15.

también frente a cualquier tercero que resulte afectado por el decomiso, siempre que pueda presumirse que los bienes que ostentan son en realidad del encausado o actúa en connivencia con él (*cfr.* art. 803 ter. j. LECrim). Además, se especifica que los terceros afectados por el decomiso pueden ser citados en rebeldía conforme a lo dispuesto en el artículo 803 ter b.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —*vid. supra*— (art. 803 ter j.3 LECrim), debiendo comparecer con asistencia letrada, como se dispone en el artículo 803 ter i. para el encausado.

Caso particular es el del encausado rebelde en el proceso penal suspendido, al que se le nombrará procurador y abogado de oficio que asumirán su representación y defensa, y el del encausado con la capacidad modificada judicialmente, que se regirá por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que implica que comparecerá por medio de representante (art. 7.2 LEC) y si no lo tuviera, mediante un defensor judicial *ex* artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 803 ter k. LECrim).

El procedimiento se inicia mediante demanda en la que se expresará en apartados separados y numerados: a) las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios; b) el bien o bienes cuyo decomiso se pretende; c) el hecho punible y su relación con el bien o bienes; d) la calificación penal del hecho punible; e) la situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.; f) el fundamento legal del decomiso; g) la proposición de prueba; y h) la solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede (art. 803 ter l.1 LECrim).

Admitida la demanda, el órgano competente resolverá sobre las medidas cautelares solicitadas, notificará la demanda de decomiso a las partes pasivamente legitimadas (entre ellos, los terceros afectados), a quienes otorgará un plazo de veinte días para personarse en el procedimiento y presentar escrito de contestación (art. 803 ter l.2 LECrim). Si el demandado no interpusiera su escrito de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente a los mismos (art. 803 ter m. LECrim). El órgano competente resolverá sobre la prueba propuesta mediante auto, en el que señalará fecha y hora para la vista, que se celebrará, como ya dijimos, conforme a lo establecido en el juicio declarativo ordinario (art. 803 ter n. LECrim); mientras que el juez o tribunal resolverá mediante sentencia en el plazo de 20 días desde su finalización (art. 803 ter o.1. LECrim). Cuando la sentencia estime total o parcialmente la demanda de decomiso, identificará a los perjudicados y fijará las indemnizaciones que fueran procedentes (art. 803 ter o.3. LECrim).

Por su parte, la sentencia desplegará el efecto de cosa juzgada material, aunque ceñida a las partes y a la causa de pedir relativa al decomiso (art. 803 ter

p.1. LECrim), sin que pueda surtir efectos en el proceso penal que ulteriormente pudiera celebrarse, aunque en el caso de que la sentencia dictada en el proceso penal no sea compatible con la anterior de decomiso, esta última deberá ser anulada en revisión, como dispone el apartado segundo del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, específicamente, introduciendo un nuevo motivo al efecto (*cfr*. art. 803 ter p.2. LECrim). Por lo demás, la sentencia sigue el régimen de recursos del procedimiento abreviado (art. 803 ter r. LECrim). De este modo, la sentencia es recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial o la Sala Penal de la Audiencia Nacional si resuelven los Juzgados de lo Penal o el Juzgado Central de lo Penal, mientras que se podrá interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo si el enjuiciamiento proviene de los anteriores, situación que el legislador no ha tenido en consideración[42].

El artículo 803 ter s. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la incomparecencia del encausado rebelde y el tercero afectado por el decomiso se regirá por lo dispuesto en el artículo 803 ter d., lo que implica que se les declarará en rebeldía con las consecuencias y recursos —la audiencia al rebelde— que se prevén al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (*vid. supra*).

En cuanto a la ejecución, de la confusa redacción del artículo 803 ter q. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece desprenderse la posibilidad de que en esta fase se lleve a cabo una actividad de investigación dirigida por el Ministerio Fiscal para determinar el patrimonio a decomisar (art. 803 ter q.1. LECrim). Sin embargo, el artículo 803 ter u. excluye esta interpretación por cuanto dispone que el Ministerio Fiscal podrá solicitar al juez o tribunal que dicte una nueva orden de decomiso cuando: a) se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el procedimiento de decomiso; y b) no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos. Por lo tanto, la labor de ejecución de la sentencia se ha de restringir a la simple localización de bienes ya descubiertos, y no al descubrimiento de nuevos bienes[43].

---

42. En este sentido, Portal Manrubia, J., «Aspectos sustantivos y procesales del decomiso», *op. cit.*, p. 15.

43. Nieva Fenoll, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *op. cit.*, p. 8.

4. Bibliografía

ANTÓN Y ABAJO, A., «Decomiso y medidas de aseguramiento. Algunas consideraciones sobre la intervención penal frente al patrimonio criminal en un contexto globalizado», en ALISTE SANTOS, T. (Dir.), *La globalización jurídica*, Atelier, Barcelona, 2017.

CAMPOS NAVAS, D., «La regulación del decomiso. Reforma del Código Penal», *Cuadernos Digitales de Formación*, número 46, 2015.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004.

CORTÉS BECHIARELLI, E., «Comiso», en JUANES PECES, Á. (Dir.), *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010.

DEL CERRO ESTEBAN, J. A., «La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)». Disponible en internet: www.fiscal.es.

DÍAZ CABIALE, J. A., «El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 18-10, 2016.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», en ROBLES GARZÓN, J. A. (Coord.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano: Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Tomo I, Servicio de publicaciones de la Diputación de Málaga, Málaga, 2006.

GIMENO BEVIÁ, J., «Recuperación de activo y proceso penal: algunas cuestiones relevantes», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, número 2, 2014.

GONZÁLEZ MONTES, J. L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, 2015.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.

NIEVA FENOLL, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *Diario La Ley*, número 8601, de 9 de septiembre de 2015.

PORTAL MANRUBIA, J., «Aspectos sustantivos y procesales del decomiso», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3, 2016.

La prisión provisional en España y su problemática regulación

Mª Inmaculada Sánchez Barrios
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

1. Introducción

La prisión provisional ha sido, y sigue siéndolo, sin duda alguna, una de las más problemáticas instituciones del proceso penal. Tanto en nuestro país como fuera de nuestras fronteras existe una gran sensibilización y preocupación por esta figura. Muchos han sido los intentos, infructuosos como sabemos, que han buscado alguna otra opción que pudiera erradicarla totalmente.

Lo ideal sería encontrar esa alternativa a la prisión provisional, pues, como es conocido, procede cuando presuntamente se han cometido unos hechos que pueden ser constitutivos de delito por una determinada persona que todavía no ha sido condenada. El presunto autor del hecho delictivo está privado de libertad debido a la existencia de meros indicios y no de auténticas pruebas, ya que todavía no ha sido sometido a un juicio oral contradictorio en el que haya podido ejercitar su derecho de defensa con todas las garantías, sin haber obtenido una resolución definitiva que declare, en su caso, su culpabilidad[1].

1. *Vid.* SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., «La prisión provisional en España. Especial referencia a su procedimiento», en VV. AA., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Editorial Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 1501-1519; y de la misma autora «La prisión provisional y la necesaria convocatoria de una audiencia previa para su adopción», *Diario La Ley*, semana 128, pp. 15-21.
Puede consultarse igualmente al respecto: MORENO CATENA, V., «En torno a la prisión provisional. La Ley de 22 de abril de 1980», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981, p. 642; CALVO SÁNCHEZ, M. C., «Comentario a la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional», *La Ley*, número 4, 1983, pp. 1260 y ss.; PÉREZ GORDO, A., «Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECrim y en los textos legales y jurisprudenciales», *Justicia*, número I, 1984, pp. 7 y ss.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «El sentido de la prisión provisional», *Revista General de Derecho*, número 500, 1986, pp. 1831 y ss.; ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 29; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 2078, febrero 2009; GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 189 y ss.; NAVARRO MASSIP, J., «La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, 2013.

Como indica nuestro Tribunal Constitucional «*por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines*»[2]. Por lo tanto, el régimen jurídico de la prisión provisional debe construirse desde un punto de vista garantista, con ciertos límites infranqueables.

2. Aspectos fundamentales de la prisión provisional y principales problemas en su regulación

Ponemos el acento en dos notas fundamentales: por un lado la excepcionalidad, lo que significa que la regla general en el ordenamiento español ha de ser la libertad del presunto responsable del delito mientras dure el proceso penal y que la prisión preventiva ha de ser la excepción, no pudiendo haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley prevea, taxativa y razonablemente; por otro la proporcionalidad, que reclama que la limitación de derechos fundamentales que comporta la prisión provisional sea proporcionada a los fines que con ella se quieren lograr[3].

No debe olvidarse que la vigente Constitución Española de 1978, como otras a todo lo largo y ancho de la geografía mundial, recoge el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2)[4]. Y, así, la prisión provisional se encuentra entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el también deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, respetando dicho derecho fundamental. Lo cual resulta complicado, como se comprende fácilmente, y ello ha generado que su regulación haya sufrido importantes y variados cambios en el ordenamiento jurídico español.

---

2. *Vid.* las SSTC 128/1995, de 26 de julio; 47/2000, de 17 de febrero; 305/2000, de 11 de diciembre; 62/2005, de 14 de marzo; 210/2013, de 16 de diciembre…

3. No toda finalidad, por ello, justifica la privación de libertad con carácter preventivo, sino que únicamente es admisible esta medida para conseguir ciertos fines constitucionalmente legítimos (el normal desarrollo del proceso, la ejecución del fallo...).

4. El Tribunal Constitucional español expresó en su STC 31/1981, de 28 de julio, que la presunción de inocencia «*ha dejado de ser un principio general del derecho que ha informado la actividad judicial ("in dubio pro reo") para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos*» (en el mismo sentido, entre otras, las SSTC 33/2000, de 14 de febrero; 165/2014, de 8 octubre…).

Lo que no ofrece duda es que, aunque sean muchas las críticas que recibe en todos los países, prácticamente todos los ordenamientos jurídicos regulan la prisión provisional, bien es cierto que porque no hay otro remedio, es decir, se la considera en casi todos como un «mal necesario». El problema de la prisión provisional no es tanto el de su existencia sino el de cómo está regulada y cómo se aplica en la práctica. Es indudable que su configuración debe respetar escrupulosamente las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de la persona.

La Constitución Española únicamente hace referencia a la prisión provisional en el art. 17.4, cuando dispone de manera lacónica que «*asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*». Y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) la regula en los arts. 502 a 519, habiendo sufrido muy numerosas modificaciones[5].

Los problemas que puede plantear la regulación de la prisión provisional son numerosos[6]: ¿se podrían garantizar la imparcialidad judicial y los principios acusatorio, de contradicción o el derecho de defensa en el procedimiento de adopción de la prisión provisional, sin la audiencia previa preceptiva?[7]. ¿Y qué ocurre con el derecho a la presunción de inocencia?[8]. ¿Es la prisión provisional una medida cautelar o es algo más que eso?[9]. ¿Cuál debe ser su

---

5. Desde la aprobación de la LECrim son muchas las disposiciones que han afectado a la prisión preventiva: el Real Decreto Ley de 17 de noviembre de 1928; la Ley de 10 de septiembre de 1931; el Decreto Ley de 23 de noviembre de 1957; la Ley de 2 de marzo de 1957; la Ley de 2 de diciembre de 1963; la Ley 10/1978, de 20 de febrero; la Ley 16/1980, de 22 de abril; la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril; la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre (estas leyes, en el breve período de cuatro años, modificaron tres veces los presupuestos de adopción de la prisión provisional); la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, que como novedad incorporó la audiencia necesaria para la adopción de la medida; la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional; la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; o la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

6. *Vid.* Sánchez Barrios, M. I., «La prisión provisional y la necesaria convocatoria de una audiencia previa para su adopción», *op. cit.*, pp. 15 y ss.

7. *Vid.* Bellido Penadés, R., «Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertad provisionales», *Actualidad Penal*, tomo 1, 1998, p. 363; Sánchez Barrios, M. I., «La prisión provisional en España…», *op. cit.*, pp. 1606 y ss.; González Pastor, C. P., «La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, número 5849, 15 de septiembre de 2003; Landrove Díaz, G., «La reforma de la prisión provisional», *Diario La Ley*, número 5926, 5 de enero de 2004; Asencio Mellado, J. M., *Nuevos retos de la justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008.

8. *Vid.* Ríos Segarra, V., «Presunción de inocencia y prisión provisional», en VV. AA., *La generalización del derecho penal de excepción: incidencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007; Nistal Burón, J., «Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de "presunción de inocencia"», *Diario La Ley*, número 7282, 12 de noviembre de 2009; Nistal Martínez, J., «El ingreso provisional en prisión. "Presunción de culpabilidad" versus "presunción de inocencia"», *Diario La Ley*, número 8122, 9 de julio de 2013; Ovejero Puente, A., *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, La Ley, Madrid, 2013.

9. *Vid.* Barona Vilar, S., «Prisión provisional: "solo" una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)», *Actualidad Penal*, tomo 3, 2000, p. 891; Díaz Martínez, M., «Prisión

duración máxima?[10], además de otros como pueden ser si el tiempo pasado cautelarmente en prisión provisional debe abonarse a los efectos de la condena y cómo[11]; sobre el acuerdo de prisión incomunicada y sus presupuestos[12] o si en los supuestos en que una persona haya estado sujeta a prisión provisional y luego haya sido absuelta debe ser indemnizada y cómo hacerlo[13]…

No faltan los interrogantes, como puede verse, siendo además su análisis complejo, razón por la cual preferimos centrarnos en el estudio de uno de esos aspectos: el referido a la primera de las preguntas que formulamos.

3. La audiencia previa preceptiva: la garantía de la imparcialidad judicial, del principio acusatorio, del de contradicción y del derecho de defensa en el procedimiento de adopción de la prisión provisional

Hemos ya expresado que la LECrim ha sido objeto de numerosas y significativas modificaciones en esta materia, siendo básica, con respecto a la pregunta que pretendemos responder, la reforma operada con la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Esta ley introdujo de manera preceptiva la

---

provisional e intereses constitucionalmente protegidos», *Diario La Ley*, número 5931, 13 de enero de 2004; GIMENO SENDRA, V., «Crisis de las medidas cautelares penales y auge de las resoluciones provisionales», *Diario La Ley*, número 7249, 25 de septiembre de 2009; NAVARRO MASSIP, J., «La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, 2013; NIEVA FENOLL, J., «El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares», *Práctica de Tribunales*, número 106, enero-febrero de 2014.

10. *Vid.* LANDROVE DÍAZ, G., «La reforma de la prisión provisional», *op. cit.*; ASENCIO MELLADO, J. M., «Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003», *op. cit.*; MAGRO SERVET, V., «La decisión de acordar la prórroga de la medida de prisión hasta la mitad de la pena impuesta pendiente de la resolución de un recurso», *La Ley Penal*, número 55, diciembre de 2008; NAVARRO MASSIP, J., «La regulación de la prisión provisional…», *op. cit.*; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «La prórroga de la prisión provisional: ¿Debe el Juez instructor/Tribunal participar al Ministerio Fiscal y demás acusaciones la fecha próxima del vencimiento de la prisión provisional acordada por si quieren instar su prórroga?», *Diario La Ley*, número 7453, 26 de julio de 2010.

11. *Vid.* GONZÁLEZ PASTOR, C. P., «Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa», *Diario La Ley*, número 7112, 11 de febrero de 2009; MARTÍN PALLÍN, J. A., «Un recluso con doble personalidad», *Diario La Ley*, número 7142, 25 de marzo de 2009; GÓMEZ RECIO, F., «El doble cómputo de prisión preventiva y pena de prisión. Problemas y soluciones», *Diario La Ley*, número 7774, Sección Tribuna, 12 de enero de 2012; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas», *Diario La Ley*, número 8293, 15 de abril de 2014.

12. *Vid.* ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010, o la STS 706/2016, de 15 de septiembre de 2016, Sala Segunda, de lo Penal, Recurso 123/2016.

13. *Vid.* BOTANA GARCÍA, G. A, «Indemnización por prisión preventiva tras declararse con posterioridad la no participación en los hechos que había dado lugar al encarcelamiento», *Práctica de Derecho de Daños*, número 79, febrero de 2010; igualmente: «La existencia objetiva del delito impide reconocer indemnización por prisión preventiva tras sentencia absolutoria», *Práctica de Derecho de Daños*, número 121, 2014; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La responsabilidad patrimonial por prisión provisional», *Diario La Ley*, número 7761, 23 de diciembre de 2011; «El error judicial», en *La responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, La Ley, Madrid, 2012.

celebración de una audiencia con carácter previo a la adopción de una prisión provisional.

Con anterioridad a esa fecha los órganos jurisdiccionales podían decretar de oficio todas las medidas cautelares que le parecieran oportunas. Por lo tanto podría decirse que existía un sistema de «contradicción diferida», pues había contradicción, pero no en el momento en que se acordaba la prisión provisional, sino en el momento de utilizar los medios de impugnación procedentes contra la resolución que acordase la prisión o libertad provisionales. Y a partir de 1995 se regula la celebración de una comparecencia previa en la que intervienen el Ministerio Fiscal, las partes acusadoras personadas y las partes acusadas, quienes solicitan, o no, acordar la medida, pudiendo realizar alegaciones y proponer medios de prueba.

Esta reforma se introdujo a través de la Disposición Adicional Segunda de la L.O. 5/1995[14], que modificó el régimen de adopción de medidas cautelares personales, pero no sólo en el ámbito del Tribunal del Jurado, sino que dicha reforma afectó a la prisión provisional en general, lo que ya de entrada pone de manifiesto lo inadecuado del método empleado. La reforma tuvo un peso indudable, que hubiera requerido una ley específica de modificación. Se centró en la introducción del art. 504.bis.2 LECrim (que fue luego derogado por la Disposición Derogatoria Única de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional) y en la modificación del art. 539 LECrim.

Ciertamente podemos afirmar que la doctrina procesal española ha mostrado importantes discrepancias al respecto, desde el momento en el que entró en vigor la reforma y también con posterioridad. Puede apreciarse un amplio abanico de posturas dispares, desde aquellas que realizan una valoración claramente positiva a las se muestran tremendamente críticas, pasando por todas las tonalidades posibles de opiniones, que ponen el acento crítico en aspectos puntuales de su regulación[15].

---

14. *Vid.* al respecto Barona Vilar, S., «La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio)», *Revista General de Derecho*, número 618, 1996, p. 1828; Urbano Castrillo, E., «La comparecencia introducida en la reciente reforma de la prisión provisional», *La Ley*, 3, 1996, p. 1279; Sánchez Barrios, M. I., «La prisión provisional en España. Especial referencia a su procedimiento», *op. cit.* p. 1504, quienes argumentan que detrás de esta fórmula inusual e inapropiada habrían razones sociales y políticas que quisieran desplazar al Juez de Instrucción para colocar en su lugar a un órgano menos molesto como puede ser el Ministerio Fiscal.

15. Por ejemplo, dando por válida la reforma de 1995, algunos autores han criticado varios aspectos de la misma (la técnica normativa empleada, el inadecuado funcionamiento del Ministerio Fiscal…). En este sentido puede consultarse Rodríguez Fernández, R., «La prórroga de la prisión provisional: ¿Debe el Juez instructor/Tribunal participar al Ministerio Fiscal y demás acusaciones…», *op. cit.*; Bellido Penadés, R., «Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de

Los autores que valoran de una forma positiva el cambio se centran en el hecho de que esta medida limita el derecho fundamental a la libertad y, por lo tanto, debe contemplar las mayores garantías posibles, por lo que la regulación de la audiencia previa sería necesaria. Por el contrario, los detractores de esta comparecencia sostienen que no es el sistema más adecuado, pues a la hora de adoptar la prisión provisional el factor sorpresa suele ser muy importante, al impedir que el sujeto pasivo de la medida cautelar llegue a actuar de forma que la haga ineficaz, a lo que se une la configuración actual de nuestro Ministerio Fiscal, aunque no olvidan tampoco que deben respetarse todos los presupuestos para adoptar la medida y hacerlo con todas las garantías.

Ahondemos algo más en unos y otros razonamientos. Como se sabe, el proceso penal español presenta características tanto del sistema inquisitivo como del sistema acusatorio, dependiendo de la fase del proceso en el que nos encontremos, aunque predominan las del inquisitivo en la fase de investigación o instrucción y las del sistema acusatorio en el juicio oral. Pero, según los defensores de la audiencia, de la misma forma que para salvaguardar la imparcialidad del juez viene exigido que la acusación se formule por persona distinta de él mismo, también debe exigirse, para garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional[16], que sea alguna parte acusadora la que solicite la prisión o libertad provisionales y acredite sus presupuestos[17].

Creo que estaremos todos de acuerdo en que el respeto del principio de contradicción es una de las notas estructurales de todo sistema acusatorio. Pero en lo que sí se puede discrepar es sobre si esa necesidad de contradicción nos deba abocar indefectiblemente hacia la imposición de la audiencia, previa a la adopción de la prisión provisional[18].

---

la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertad provisionales», *op. cit.*; GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 189 y ss.

16. Puede consultarse sobre imparcialidad CALVO SANCHEZ, M. C., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009; SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., «El sobreseimiento en la reforma del proceso penal: quiebra de la imparcialidad», en VV. AA., *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 882 y ss.; también: «Sobreseimiento e imparcialidad», *Justicia*, número IV, 1990, pp. 873 y ss.

17. *Vid.* ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La nueva regulación procesal de la prisión preventiva», *Revista jurídica de Catalunya*, volumen 96, número 4, 1997, pp. 928-929, quien señala que así se refuerza la imparcialidad del órgano jurisdiccional; igualmente ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995.
Hay que tener en cuenta que esta reforma de 1995 estuvo marcada por los numerosos casos de personajes políticos de la época en los que la investigación de algunos delitos y la adopción de medidas cautelares de prisión provisional en contra de ellos quisieron explicarse como excesos judiciales sin justificación. Puede consultarse también al respecto: *vid.* GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, *op. cit.*, pp. 190 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, M., «Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales», en DORREGO DE CARLOS, A. (Coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2004, p. 173.

18. Por ejemplo, DÍAZ CABALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, pp. 467-472, estima que no es necesario para garantizar la imparcialidad la previa solicitud de sujetos distintos del órgano jurisdiccional que debe resolver sobre estas cautelas, por entender que la provisionalidad del juicio impide pensar en un juez o tribunal prevenido. Y URQUÍA GÓMEZ, F., «Prisión preventiva», *Revista Poder Judicial*,

Un dato importante a tener en cuenta es cuál es el órgano jurisdiccional competente para adoptar, mantener o alzar la prisión provisional, pues la situación cambia según el momento procesal en que se encuentre la causa. El órgano competente para decidir sobre la prisión provisional, en un análisis simplista, es el órgano que sea competente para actuar en cada momento concreto[19]. Aunque el art. 502 LECrim, en su redacción de 1995, podía inducir a error, pues podía parecer que únicamente se otorgaba la competencia al Juez de instrucción o al que formara las primeras diligencias, con la modificación introducida por la L.O. 13/2003, el art. 502.1 LECrim clarifica esta cuestión, al señalar que «*Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa*».

Cabe hacer una diferenciación: si el juez que instruye es quien adopta esta medida (aunque la STC 32/1994, de 31 de enero, se manifiesta en el sentido de que la imparcialidad solo es alegable respecto al órgano decisor, y no en fase de instrucción) o bien si es el juez que decide el que ratifica o adopta la prisión provisional.

Si acudimos a la LECrim, se entiende que forma parte integrante de la fase instructora el aseguramiento de las personas y de sus responsabilidades pecuniarias (art. 299) e igualmente nuestro TC ha considerado en alguna ocasión que la adopción de la prisión provisional por el juez instructor no vulneraría, en principio, su imparcialidad[20].

A pesar de ello algunos autores piensan en sentido diferente. Según Serra Domínguez el juez instructor que acuerda la prisión provisional del imputado puede verse condicionado por ello —incluso involuntaria o inconscientemente—, lo que puede hacer que intensifique la práctica de diligencias incriminatorias en detrimento de otras más favorables al imputado, para justificarse él mismo[21].

En cuanto a los casos en los que el «órgano juzgador» sea quién adopte o ratifique la medida —el segundo supuesto—, el legislador español había entendido durante mucho tiempo que podía ser perfectamente imparcial, pero nues-

---

número 37, marzo de 1995, pp. 265 y ss., llega a señalar, incluso, no sólo que no es necesaria, sino que constituye una inconstitucionalidad, denunciando que implica una merma de los derechos y garantías del imputado.

19. *Vid.* Sánchez Barrios, M. I., «La prisión provisional y la necesaria convocatoria de una audiencia previa para su adopción», *op. cit.*, pp. 15 y ss.

20. *Vid.*, entre otras, la SSTC 32/1994, de 31 de enero.

21. Serra Domínguez, M., «Cuestiones procesales y recursos», en VV. AA., *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, pp. 188 y ss.

tro TC no lo tenía tan claro, caracterizándose su jurisprudencia por su casuismo y un sinfín de matizaciones al respecto[22]. Incluso en algunas SSTC expresa que esta medida cautelar podría afectar a la imparcialidad si se decretara de oficio y no previa petición de las partes (SSTC 106/1989, de 8 de junio y 320/1993, de 8 de noviembre).

Pero hay otro dato que no debemos olvidar: la configuración actual del Ministerio Fiscal. Hoy por hoy es una figura dependiente del Gobierno y, aunque es sabido que son muchos los que pretenden que los fiscales lleven la investigación, tampoco se ignora que también lo son los que opinan en sentido contrario, habiéndose puesto de manifiesto reiteradamente que, con la actual estructura y organización, no puede aceptarse un sistema en el que la investigación esté en sus manos.

Lo que nos ha llamado la atención es que la reforma que introdujo la obligatoriedad de la audiencia previa se podía haber aprovechado para introducir otras modificaciones verdaderamente importantes y necesarias que precisaba la regulación de la prisión provisional y no lo hizo, limitándose a cambiar este aspecto concreto que venimos analizando. El legislador había tenido en sus manos, en varias ocasiones, la oportunidad de llevar a cabo una reforma en condiciones, incluso atribuyéndole esa actuación, con un papel importante en lo que respecta a las medidas cautelares, pero no lo hizo. Y de repente, con la ley analizada, realizó una modificación que significó otorgar al Ministerio Fiscal un papel esencial en esta materia[23]. Se quería que la reforma supusiera una modificación profunda y adecuada de la prisión provisional, que introdujese alternativas a la misma, que la convirtiera en medida excepcional de verdad...,

---

22. Nuestro TC reiteradamente ha manifestado que el derecho a un Juez imparcial como garantía constitucional del proceso descansa sobre dos presupuestos fundamentales: a) que en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador puedan nacer prejuicios respecto del imputado al estar en contacto con el material fáctico necesario para que se celebre el juicio, con lo que se quebraría la imparcialidad objetiva, y b) que no toda intervención del juez antes de la vista tiene carácter instructor o compromete su imparcialidad objetiva, por lo que debe examinarse en cada caso su actividad desarrollada para ver si se ha producido o no una vulneración del art. 24 de la Constitución (*Vid.* las SSTC 151/1991, de 8 de julio, 170/1993, de 27 de mayo, o 372/1993, de 13 de diciembre). Pero también ha señalado el TC que las decisiones sobre la situación personal del acusado (como sería el caso de la prisión provisional) pueden considerarse actuaciones instructoras, que en algunos casos podrían comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador. *Vid.* en este sentido, entre otras, la STC 145/1988, de 12 de julio.
El criterio mayoritario seguido por el TC es el que considera que la imparcialidad se respeta en términos generales, pero hay que descender a cada uno de los supuestos concretos para ver si efectivamente ha sido o no vulnerada (SSTC 60/1995, de 17 de marzo; 162/1999, de 27 de septiembre, 11/2000, de 17 de enero; 151/2000, de 12 de junio; 52/2001, de 26 de febrero; 154/2001, de 2 de julio, 38/2003, de 27 de febrero…).

23. LANDROVE DÍAZ, G., «La reforma de la prisión provisional», *op. cit.*, analizando el aumento de protagonismo del Fiscal con la reforma operada por la LO 5/1995, expresa que: «*La reforma de 1995 muy pronto fue contemplada con justificada desconfianza, habida cuenta la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal y su dependencia del Gobierno de la Nación; también, con un lógico sentimiento de frustración, ya que se había perdido otra oportunidad histórica de afrontar con decisión y en profundidad la necesaria reforma de una institución que afecta a muy preciados derechos fundamentales*».

pero lo cierto es que la mantuvo de forma similar a la ya existente, salvo en lo que acabamos de apuntar[24].

Por lo tanto, la reforma quiso llevar el principio acusatorio y el de contradicción al campo de las medidas cautelares con mayor amplitud, pero lo que logró fue dejar en manos del Fiscal la adopción o no de las medidas cautelares[25], con la única excepción de la libertad provisional sin fianza[26].

En conclusión, mientras que un sector doctrinal entiende que sustraer del ámbito de las competencias de los jueces la decisión sobre la adopción de la prisión provisional supone una quiebra de la propia función jurisdiccional, constituyendo un atentado a las garantías constitucionales[27] y que sin la audiencia se respeta igualmente la imparcialidad y los principios acusatorio y de contradicción[28], otros se felicitaban por otorgar dicha atribución a los fiscales, al entender que es la única forma de garantizar la imparcialidad del juzgador y los principios apuntados[29].

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, modificó el contenido de algunos de los preceptos estudiados (incluso derogó el art. 504 bis 2 LECrim por su Disposición Derogatoria Única, como ya se expuso *supra*), pero la obligatoriedad de la audiencia previa se mantuvo, recogida, a partir de ese momento, en el art. 505 LECrim.

---

24. *Vid.* Sánchez Barrios, M. I., «La prisión provisional en España. Especial referencia a su procedimiento», *op. cit.*, p. 1510; y «La prisión provisional y la necesaria convocatoria de una audiencia previa para su adopción», *op. cit.*, pp. 15-21.

25. Quien se va a pronunciar para que se adopte una prisión provisional será la acusación, y actualmente en la mayoría de los procesos es el Fiscal el que mantiene la acusación, siendo escasos los supuestos en los que existen otras acusaciones (acusador particular, acusador popular…).

26. Ya que en este caso el órgano jurisdiccional puede decidir sin necesidad de audiencia.
Vid. Barona Vilar, S., «La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado...», *op. cit.*, pp. 1830 y ss.

27. Sería reducir a los jueces a ser «meros notario» de la decisión del Fiscal.
Cuando el art. 502 LECrim establece que la adopción de estas medidas cautelares corresponde al órgano jurisdiccional, o cuando los arts. 117 de la Constitución española y 2.1 LOPJ hacen referencia al contenido de la función jurisdiccional, están consagrando la función cautelar como función jurisdiccional (Barona Vilar, S., «La prisión provisional...», *op. cit.*, pp. 1832 y 1833).

28. Es decir, siendo necesaria la contradicción, ésta puede ser también diferida: se oiría a la parte contraria inmediatamente después de haber adoptado la medida. Y esta opinión de una parte importante de la doctrinal se entiende amparada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se permite recurrir el auto de adopción de las medidas cautelares.

29. *Vid.* la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado. Puede consultarse igualmente: Gimeno Sendra, V., «La necesaria reforma de la prisión provisional», *op. cit.*, p. 2; Serrano Butragueño comparte esta opinión en cuanto al principio de contradicción, pero es escéptico en cuanto a que con la audiencia se de mayor plenitud al principio acusatorio («La reforma de la prisión preventiva», *op. cit.*, p. 464).

Modificaciones posteriores de la LECrim, como las introducidas por la L.O. 5/2015, de 27 de abril[30] y la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, no afectaron a la regulación de esta comparecencia, salvo el término «investigado o encausado», contenido en el apartado 6 del art. 505, que se introdujo en sustitución del anterior término «imputado» conforme establece el número 2 del apartado veintiuno del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

¿Es conveniente mantener esta audiencia previa a la adopción de una prisión provisional; debemos propiciar ya una completa y adecuada modificación de la regulación de toda la prisión provisional; o el momento oportuno para cambiarlo sería el futuro Código Procesal Penal, cuando llegue?

4. Bibliografía

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La nueva regulación procesal de la prisión preventiva», *Revista jurídica de Catalunya,* volumen 96, número 4, 1997.

ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional,* Civitas, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Nuevos retos de la justicia penal,* La Ley, Madrid, 2008.

BARONA VILAR, S., «Prisión provisional: "sólo" una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)», *Actualidad Penal*, tomo 3, 2000.

BARONA VILAR, S., «La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio)», *Revista General de Derecho*, número 618, 1996.

BELLIDO PENADÉS, R, «Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertad provisionales», *Actualidad Penal*, tomo 1, 1998.

BOTANA GARCÍA, G. A., «Indemnización por prisión preventiva tras declararse con posterioridad la no participación en los hechos que había dado lugar al encarcelamiento», *Práctica de Derecho de Daños*, número 79, febrero 2010.

BOTANA GARCÍA, G. A., «La existencia objetiva del delito impide reconocer indemnización por prisión preventiva tras sentencia absolutoria», *Práctica de Derecho de Daños*, número 121, 2014.

CALVO SÁNCHEZ, M. C., «Comentario a la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional», *La Ley*, número 4, 1983.

CALVO SANCHEZ, M. C., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009.

DÍAZ CABALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996.

30. L.O. 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Díaz Martínez, M., «Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos», *Diario La Ley,* número 5931, 13 de enero de 2004.

Fernández Entralgo, J., «El sentido de la prisión provisional», *Revista General de Derecho*, número 500, 1986.

Gimeno Sendra, V., «La necesaria reforma de la prisión provisional», *La Ley*, número 5411, noviembre, 2001.

Gimeno Sendra, V., «Crisis de las medidas cautelares penales y auge de las resoluciones provisionales», *Diario La Ley*, número 7249, 25 de septiembre de 2009.

Gómez Recio, F., «El doble cómputo de prisión preventiva y pena de prisión. Problemas y soluciones», *Diario La Ley*, número 7774, 12 de enero de 2012.

Gonzalez Pastor, C.P., «La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley* número 5849, 15 de septiembre de 2003.

González Pastor, C. P., «Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa», *Diario La Ley*, número 7112, 11 de febrero de 2009.

Gudín Rodríguez-Magariños, F., «La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías»*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 2078, febrero 2009.

Guerra Pérez, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Landrove Díaz, G., «La reforma de la prisión provisional», *Diario La Ley* número 5926, 5 de enero de 2004.

Magro Servet, V., «La decisión de acordar la prórroga de la medida de prisión hasta la mitad de la pena impuesta pendiente de la resolución de un recurso», *La Ley Penal*, número 55, diciembre 2008.

Manzanares Samaniego, J. L., «El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas», *Diario La Ley*, número 8293, Sección Doctrina, 15 de abril de 2014.

Manzanares Samaniego, J. L., «La responsabilidad patrimonial por prisión provisional», *Diario La Ley*, número 7761, Sección Doctrina, 23 de diciembre de 2011.

Manzanares Samaniego, J. L., «El error judicial», en *La responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, La Ley, Madrid, 2012.

Marchena Gómez, M., «Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales», en Dorrego de Carlos, A. (Coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional,* Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2004.

Martín Pallín, J. A., «Un recluso con doble personalidad», *Diario La Ley*, número 7142, Sección Doctrina, 25 de marzo de 2009.

Moreno Catena, V., «En torno a la prisión provisional. La Ley de 22 de abril de 1980», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981.

Navarro Massip, J., «La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4/2013.

Nieva Fenoll, J., «El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares», *Práctica de Tribunales*, número 106, enero-febrero 2014.

Nistal Burón, J., «Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de "presunción de inocencia"», *Diario La Ley*, número 7282, Sección Doctrina, 12 de noviembre de 2009.

Nistal Martínez, J., «El ingreso provisional en prisión. "Presunción de culpabilidad" versus "presunción de inocencia"», *Diario La Ley*, número 8122, Sección Tribuna, 9 de julio de 2013.

OVEJERO PUENTE, A*., La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, La Ley, Madrid, 2013.

PÉREZ GORDO, A., «Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECrim y en los textos legales y jurisprudenciales», *Justicia*, número I, 1984.

RÍOS SEGARRA, V., «Presunción de inocencia y prisión provisional», en VV. AA., *La generalización del derecho penal de excepción: incidencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «La prórroga de la prisión provisional: ¿Debe el Juez instructor/Tribunal participar al Ministerio Fiscal y demás acusaciones la fecha próxima del vencimiento de la prisión provisional acordada por si quieren instar su prórroga?», *Diario La Ley*, número 7453, Sección Tribuna, 26 de julio de 2010.

SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., «La prisión provisional en España. Especial referencia a su procedimiento», VV. AA., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Editorial Coimbra, Coimbra, 2003.

SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., «La prisión provisional y la necesaria convocatoria de una audiencia previa para su adopción», *Diario La Ley*, semana 128 (6 al 12 de abril de 2015).

SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., «El sobreseimiento en la reforma del proceso penal: quiebra de la imparcialidad», en VV. AA., *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989.

SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., «Sobreseimiento e imparcialidad», *Justicia*, número IV, 1990.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Cuestiones procesales y recursos», en VV. AA., *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.

URBANO CASTRILLO, E., «La comparecencia introducida en la reciente reforma de la prisión provisional», *La Ley*, 3, 1996.

URQUÍA GÓMEZ, F., «Prisión preventiva», *Revista del Poder Judicial*, número 37, marzo de 1995.

ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010.

La Directiva (UE) 2016/680 y la protección de datos de carácter personal derivada de la actividad jurisdiccional penal[31]

Iñaki Esparza Leibar
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

1. Protección de datos de carácter personal en el marco de la investigación penal de un estado de derecho. Las claves de la cuestión

La de investigación es sin duda la fase del proceso penal en la que más expuestos están los derechos fundamentales de los ciudadanos. Las especiales características de la misma, su progresiva complejidad, la intervención de múltiples sujetos —la policía judicial, el ministerio fiscal, el juez de instrucción, etc.— la presión del tiempo que transcurre y que no es (no debe serlo) ilimitado. Todo ello junto con las exigencias derivadas de un estado de derecho en relación con el proceso que le es debido a cada ciudadano por el hecho de serlo, obliga a que todos los operadores —incluido muy especialmente el legislador— deban extremar el cuidado en realizar una contribución, cada uno en el ámbito que le corresponde, eficiente y correcta.

Los errores se pagan caros en términos de eficiencia del sistema. Por un lado pueden ser causa de lesión de derechos fundamentales de los ciudadanos, y por otro, correlativamente, podrían llegar a suponer la nulidad de determinadas actuaciones con directas consecuencias en el resultado del proceso. Ello incide también en la calidad del sistema de resolución de conflictos y en la percepción que de él tienen los ciudadanos, que es de donde en última instancia le viene la legitimidad.

31. Las páginas que siguen constituyen un desarrollo de la ponencia presentada en el Congreso titulado «El nuevo proceso penal sin código procesal penal», celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela, los días 9 y 10 de noviembre de 2017.

Si hablamos de derechos fundamentales, de investigación en el proceso penal, de estado de derecho, ya somos conscientes de que el tema es sumamente delicado y debe ser abordado con decisión y preferencia. Si a la ecuación añadimos el espacio europeo de justicia, el nivel de exigencia se incrementa más si cabe. Nos jugamos mucho en todo esto.

Nunca antes los ciudadanos —nuestros derechos— hemos sido tan potencialmente vulnerables. La innovación tecnológica aplicada a la investigación penal (especialmente los actos de investigación introducidos por la LO 13/2015, de 5 de octubre) aumenta exponencialmente las posibilidades de afectación de los derechos fundamentales, somos transparentes y vamos a serlo más todavía. Por tanto, todo lo relativo a: 1., la obtención, 2., el tratamiento y, 3., la explotación (incluido el intercambio y la cooperación, especialmente en el ámbito del espacio europeo de justicia) de la información recopilada como consecuencia de una investigación penal, debe ser objeto de una exquisita y milimétrica regulación, máxime cuando nos referimos a datos de carácter personal. La calidad del estado de derecho también depende de ello.

Hemos de decir que no es en absoluto aceptable que la Ley procesal penal española sea de 1882, este es un grave inconveniente que no se supera con el tuneado sistemático de la norma que no hace sino convertirla en un instrumento oscuro y básicamente inadecuado para alcanzar lo que pretendemos; es un mal punto de partida. Necesitamos un texto integralmente nuevo, claro, técnicamente afinado, compatible con las necesidades que se imponen (globalización, espacio europeo de justicia, nuevas formas de criminalidad, nuevas tecnologías aplicables, etc.). Es imposible que nos resulte de utilidad una Ley procesal penal que se caracteriza por una sedimentación normativa excesiva, unida a una deficiente técnica normativa y a una falta de esmero, en ocasiones clamorosa, que la hace difícil para trabajar, para entender y para explicar, mucho más allá de la anécdota.

La perspectiva concreta que deseamos adoptar es aquella en la que, en relación con las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, se activa la protección de datos de carácter personal (lo que al respecto establece la Directiva 2016/680), y ponerla en relación con la normativa interna vigente, además de con el espacio europeo de justicia —mencionar siquiera la Directiva 2014/41, relativa a la orden europea de investigación— ya que los datos de carácter personal obtenidos como consecuencia de la emisión o ejecución de una OEI estarán protegidos de conformidad con lo dispuesto en las normas del Derecho de la Unión Europea que resulten de aplicación, y en la normativa española de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la administración de justicia, en la que se incluye la contenida en los artícu-

los 236 *bis* a 236 *decies* de la LOPJ[32], en atención al carácter jurisdiccional de los datos.

La idea que deseamos desarrollar y explorar en estas páginas sería, como hemos adelantado ya, que la investigación procesal en un estado de derecho impone a todos los sujetos implicados (policía judicial, ministerio fiscal, jueces, letrados, etc.) determinados límites y protocolos en su actuación, en cuanto dirigida a la obtención de información y otras evidencias que constituyen datos personales[33]. La razón la constituye la necesidad de preservar y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, permitiendo simultáneamente la imprescindible labor investigativa y su eficiencia. La irregular obtención de información en el curso de una investigación puede tener como consecuencia principal su absoluta ineficacia en el proceso (art. 11 LOPJ). Es decir, una catástrofe inasumible.

Pero el cuidado con el que debemos operar no se agota con la obtención de las evidencias, tarea ejecutada en esencia por la policía judicial bajo la estricta supervisión judicial. Una vez conseguida la información, los datos personales, la cadena de custodia impone ciertas obligaciones que deben permitir garantizar la preservación de su integridad, su verificabilidad y su trazabilidad, en lo que a dicho material concierne, es lo que constituye el «tratamiento»[34]. Acreditada la ruptura de la cadena de custodia, el material con vocación probatoria afectado se convierte en inseguro, discutible e incluso ineficaz o inválido. Un determinado tratamiento centrado en la actividad procesal penal, acorde con la naturaleza de la información obtenida, se impone por tanto. El símil que pensamos que ilustra bien lo que queremos trasladar es el de una donación de sangre, que consta de tres fases bien diferenciadas, la extracción, la conservación y la transfusión. Todas ellas están sujetas a requisitos y protocolos acordes con las necesidades de cada fase. Cada una de ellas por separado debe ser cuidadosamente respetada en cuanto a sus requerimientos, de lo contrario se frustrarán los fines de la donación. Ocurre lo mismo con la información constitutiva de datos de carácter personal y el proceso penal. La obtención durante la fase de investigación y la explotación, durante el juicio oral, han centrado nuestros esfuerzos, pero no podemos descuidar el período que transcurre entre la obtención y la celebración del juicio oral. Es precisamente entonces cuando los datos de carácter personal deben ser objeto de «tratamiento», es una suerte de cadena de custodia cualificada.

---

32. Capítulo añadido por la LO 7/2015, de 21 de julio.

33. «Datos personales»: Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»). Art. 3 de la Directiva (UE) 2016/680.

34. *Vid.* art. 3 de la Directiva (UE) 2016/680.

No todos los frutos de la investigación jurisdiccional constituyen datos personales, pero cuando es así, deben activarse las exigencias derivadas del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal —tal y como inequívocamente lo caracteriza el TC— en la medida en que también se podrá ver afectado (pensemos en grabaciones de imágenes o conversaciones mediante sofisticados dispositivos tales como balizas o drones, muestras de ADN, etc.) como consecuencia de una investigación penal. Dichas exigencias se imponen en este contexto, adicional e integralmente a la investigación penal disciplinándola, y su vulneración tendrá nefastas consecuencias en el proceso.

El espacio europeo de justicia ha generado al respecto dos instrumentos con incidencia directa es esta materia, la ya mencionada orden europea de investigación, que impone un estándar a los países que lo integran, en cuanto a la obtención y también la Directiva 2016/680 en cuanto a la posterior gestión, o mejor tratamiento, de los datos de carácter personal. Vamos a prestar una especial atención a la Directiva 2016/680, cuya transposición se prevé para el 6 de mayo de 2018 (el tiempo apremia), lo que requerirá de un decidido esfuerzo por parte del legislador y demás operadores (CGPJ, AEPD, etc.), de lo contrario los riesgos que hemos mencionado, lejos de quedar conjurados, harán peligrar la propia viabilidad de una parte del sistema de resolución de conflictos[35].

La privacidad —el objeto de nuestra atención, que comprende la propia imagen y la intimidad— no lo olvidemos, protege aspectos íntimos a la vez que sumamente vulnerables, que forman parte de la esfera de derechos de cada uno de nosotros. Frente a ella, pensemos en las investigaciones en materia de criminalidad organizada o ciberdelincuencia (comunicaciones integralmente consideradas, captación de imágenes, registros remotos de equipos informáticos, o registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información, etc., arts. 588 quinquies y ss., LECrim)[36], o en el material genético obtenido de muestras de ADN y en sus últimos desarrollos, por el momento, en lo que se denomina el testigo genético.

En relación con la imagen, y como punto de partida, la titularidad del derecho a la propia imagen implica que cada persona tiene derecho a controlar la captación, reproducción y difusión de esta imagen. Con respecto a la intimidad, debe haber un espacio en torno a cada uno de nosotros, ciudadanos de un estado de derecho, un espacio en el que nuestra personalidad y nuestra actividad se despliegan y desarrollan al amparo de la imprescindible y protectora

35. Destacamos como avance en la buena dirección la reciente aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, por el Consejo de Ministros de 10 de noviembre de 2017.

36. Capítulo introducido por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

intimidad; tenemos adicionalmente «derecho al propio entorno virtual» como declara la STS 342/2013, y todo ello puede ser objeto de investigación.

La protección de datos de carácter personal viene a contribuir a que las afectaciones a la privacidad sean las mínimas indispensables, y a que a lo largo del proceso, tras su obtención, y como consecuencia del mismo sean rigurosamente protegidos por medio de tratamientos perfectamente protocolizados.

Ambos valores —el derecho fundamental de los ciudadanos a la privacidad, frente al derecho de la comunidad a investigar los delitos— son perfectamente legítimos y deben ser conjugados y defendidos con igual convicción y diligencia. El escenario previsible es que en la mencionada frontera los incidentes derivados de la tensión entre ambos valores, sean frecuentes.

Con ocasión de la actividad jurisdiccional penal, la situación de algunos derechos fundamentales, entre ellos el de protección de datos de carácter personal, puede ser de máxima exposición y por tanto y correlativamente de clara vulnerabilidad. Por ello debe garantizarse la mínima intromisión necesaria, la proporcionalidad, en su obtención y el mayor esmero en su tratamiento y gestión.

2. El derecho fundamental a la privacidad y su correlativo a la protección de datos ante la investigación y la actividad jurisdiccional integralmente considerada

El TC declaró hace ya años, *v. gr.*, STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, que en materia de protección de datos de carácter personal, nos hallamos ante un derecho fundamental, con las consecuencias que de ello se derivan.

«*Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E., con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 C.E. debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 C.E.), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 C.E.). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran*».

La actividad procesal (fiscal, policial, judicial, etc., en el marco de una investigación) puede, como sabemos, afectar legítimamente a derechos fundamentales constitucionales no absolutos, como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la intimidad, etc. Para ello, las resoluciones que lo posibiliten deben ser concebidas y materializadas respetando determinadas garantías en su adopción y formalización (intervención de autoridad judicial, motivación, proporcionalidad, etc.). De tal manera que su eficacia procesal queda garantizada, en lo que a la actividad procesal concierne.

Pero las exigencias derivadas de su naturaleza no se agotan en la activación y desarrollo de la actividad investigativa, con su obtención. A continuación, ¿qué ocurre con los datos de carácter personal?, ¿qué ocurre con el derecho fundamental a su protección? Se atisba una zona de penumbra en relación con su tratamiento por parte del Poder Judicial.

Hay sectores de la administración pública que se han disciplinado en lo que a la protección de datos de carácter personal concierne[37]. La sanidad o la hacienda son ejemplo de ello, pero ¿cómo afronta el Poder Judicial las obligaciones y exigencias en lo que al tratamiento de datos de carácter personal concierne? ¿Qué tratamiento se aplica a, por ejemplo, muestras biológicas, grabaciones de sonido o imágenes? ¿Y los derechos ARCO? ¿Qué consecuencias puede tener un deficiente tratamiento? ¿Cómo debe hacerse la cesión de datos a un órgano jurisdiccional de otro país en el curso de una investigación abierta? ¿Es legítima la elaboración de perfiles? ¿De qué manera opera el principio de especialidad?

Las respuestas a todas las preguntas formuladas, y a otras muchas que cabe hacerse, las hallamos en la Directiva 2016/680.

3. En torno a la Directiva 2016/680 de la UE, de 27 de abril de 2016, y a la exigencia de protección de datos de carácter personal derivados de la actividad jurisdiccional penal

La mencionada directiva, cuya transposición está prevista para el 6 de mayo de 2018, se centra en la protección —por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, investigación, detección, enjuiciamiento o ejecución— de las personas físicas en lo que respecta a la protección de datos personales y a su circulación o intercambio[38].

---

37. Al respecto queremos destacar expresamente lo logrado por la Agencia Vasca de Protección de datos/DBEB, desde su creación en 2004, en relación con la regularización del sector público de la CAPV, además del nivel de sensibilización alcanzado en su población, merced a las campañas promovidas por la mencionada autoridad autonómica.

38. *Vid.*, art. 1 de la Directiva.

Veamos de modo sintético las cuestiones más relevantes a tener en cuenta en este momento y las perspectivas de futuro inmediatas:

Las imágenes, las palabras, las muestras biológicas, etc., en cuanto información sobre una persona física identificada o identificable, son datos de carácter personal, por lo que deben ser objeto de un tratamiento integral específico tendente a su protección, al que se refiere la LOPD, 15/1999. Tanto en su obtención (fase de investigación), como en su posterior tratamiento (cadena de custodia), y explotación en el juicio oral.

Hasta ahora nos hemos centrado fundamentalmente en la obtención durante la fase de investigación y en la adquisición del valor probatorio mediante su sometimiento al juicio oral: Principios de exclusividad jurisdiccional en la adopción, idoneidad, especialidad, necesidad y proporcionalidad, en relación con la obtención. Y principios de contradicción, publicidad, derecho a la defensa, inmediación, etc., principios y derechos que disciplinan el juicio oral. Pero no sólo la obtención y el paso por el juicio oral —correctamente realizados— garantizan que tengamos una prueba plenamente válida, para ello es necesario el tratamiento, y no sólo la previsión de destrucción de registros (art. 588 bis k) LECRim. Nos referimos a las disposiciones de la LOPJ incorporadas por la LO 7/2015, relativas a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la administración de justicia, arts. 236 bis a 236 decies. Y también nos referimos a la norma (o normas) que materializará la transposición de la Directiva 2016/680, antes de mayo de 2018. Es perentorio ocuparse de regular un buen número de aspectos actualmente huérfanos de tratamiento o confusa o insuficientemente regulados, lo que nos coloca en un escenario de incertidumbre e inseguridad que no es aceptable.

Desde la perspectiva jurisdiccional, la figura del CGPJ y del Letrado de la administración de justicia adquieren especial relieve al constituirse en responsables integrales en materia de protección de datos de carácter personal, en todo lo relativo a la creación, supresión o modificación de los ficheros en los que dichos datos constan, y responsables de su gestión (derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición)[39].

Detallando un poco más, queremos destacar lo relativo a la obligación de mantener ficheros (236 ter.2); al carácter de responsable de los mismos del órgano

39. La propia LOPJ se modifica específicamente —Título III, Capítulo I Bis (añadido por la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ)— para afrontar la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la administración de Justicia. Arts. 236 bis a 236 decies. También, *vid.*, art. 560.19ª LOPJ. Igualmente entendemos que el MF, visto el rol que le atribuye la CE y su propio Estatuto Orgánico, debería estar comprometido con la protección de datos de carácter personal en el ámbito del proceso penal.

jurisdiccional u oficina judicial (236 sexies.1). Lo relativo al Letrado de la administración de justicia como — en lo que sería una suerte de cadena de custodia específica — responsable de seguridad (236 sexies.3). Igualmente es destacable la responsabilidad del CGPJ en materia de creación, modificación o supresión de ficheros (236.septies.1) y demás competencias específicas del CGPJ (236. Nonies.1 y 236 decies.2). Por lo que a la inscripción en el Registro de la AEPD concierne (236.septies.2), y finalmente, la gestión de los derechos ARCO con fines jurisdiccionales (236 octies.1).

El responsable último en lo que al tratamiento de datos personales jurisdiccionales concierne es en España el CGPJ, quien a día de hoy no ha elaborado una normativa de seguridad integral de aplicación para los órganos jurisdiccionales, en relación con el tratamiento de los datos personales en el ámbito jurisdiccional. La principal consecuencia de todo ello es la imposibilidad de aplicar correctamente, con plena seguridad, la normativa en materia de protección y tratamiento de datos personales[40].

Se detectan sin embargo movimientos en la buena dirección, así, recientemente, en julio de 2017, ha sido firmado un convenio de colaboración entre el CGPJ y la AEPD en materia de inspección de órganos jurisdiccionales para prevenir la infracción en materia de protección de datos, que contempla la formación en relación con esta materia.

La transposición de la Directiva 2016/680 —relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (cooperación, espacio europeo de justicia)— prevista para el 6 de mayo de 2018, es una excelente oportunidad, aunque ya vamos tarde (lo que es irremediable y nos puede exponer a la exigencia de responsabilidades de diferente naturaleza, también, en su caso, ante la UE.), para abordar esta cuestión y resolverla de manera integral y ajustada a las exigencias de la propia materia[41].

---

40. *Vid.*, Artículo 20.1 LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal. Creación, modificación o supresión. «*La creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el "Boletín Oficial del Estado" o Diario oficial correspondiente*». También, *vid.*, Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. BOE de 27 de septiembre de 2005.

41. Algunos aspectos clave de la Directiva 2016/680 los hallamos en los siguientes preceptos: art. 1, objeto y objetivos. Art. 3, definiciones (a modo de glosario). Art. 4, principios relativos al tratamiento de datos personales. Art. 6, Distinción entre diferentes categorías de interesados (investigados, acusados, condenados, víctimas, terceros involucrados). Arts. 12 y ss., Derechos del interesado. Arts., 19 y ss. Responsable y encargado del tratamiento. Arts. 35 y ss., transferencias de datos personales. Arts. 41 y ss., Autoridad de control. Arts. 52 y ss., recursos, responsabilidad, sanciones y tutela judicial efectiva.

Nos hallamos ante una situación de riesgo: La peligrosa ecuación resultante de la concurrencia del elemento proceso en curso (litispendencia), al que se adiciona la posible vulneración de un derecho fundamental (a la protección de datos de carácter personal) y, en el peor de los escenarios, el efecto multiplicador derivado de la ausencia de norma de seguridad integral para el tratamiento de los datos personales en el ámbito jurisdiccional, lo pone claramente de manifiesto.

4. Conclusión

Cuando en 1978 se promulgó la Constitución española nadie era capaz de prever el desarrollo del concepto derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del art. 18.1, y menos aún el de la informática como instrumento para su garantía, art. 18.4 CE[42].

La Directiva que nos ocupa, su transposición, es una oportunidad sin parangón para ponernos al día en lo que al significado de dichos conceptos se refiere, también por lo que a las obligaciones de un estado de derecho en lo que a la protección de datos de carácter personal con motivo de la actividad jurisdiccional concierne y, por último, por qué no, quizá sirva también como el catalizador que el legislador precisa para afrontar la elaboración de un nuevo código procesal penal. No debemos por tanto percibir la Directiva como un problema sino más bien como una oportunidad, exigente y sujeta a un relativamente breve plazo, pero oportunidad al cabo.

Una derivada interesante de la transposición de la Directiva, cuando las obligaciones y responsabilidades de cada operador estén claramente establecidas e implementadas, podría ser que las filtraciones, el tráfico incontrolado de información relacionada con la actividad jurisdiccional, dejaría de existir, o al menos la trazabilidad y correlativa exigencia de responsabilidad sería nítida. De manera que el uso de la Justicia como arma política u otros usos bastardos —tan frecuente y tan lamentable en nuestro país— quedaría drásticamente desactivado, lo que fortalecería —y está muy necesitada de ello— su imagen, credibilidad y legitimidad, y con ellas al propio estado de derecho.

42. También para su potencial vulneración, que es la perspectiva que adopta el texto constitucional.

Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales[43]

Coral Arangüena Fanego
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

1. Introducción. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la regulación de sus consecuencias procesales

Se han cumplido ya ocho años desde que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal (CP, en adelante) estableciera en nuestro sistema la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, abandonando así el clásico principio *societas delinquere non potest*. Regulación que sin apenas rodaje previo fue posteriormente modificada en profundidad por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo[44], clarificando algunos aspectos poco definidos en la inicial reforma; entre ellos la apuesta por un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

El sistema de responsabilidad criminal diseñado[45] es un sistema de autorresponsabilidad. Aunque inicialmente en 2010 el modelo parecía apuntar a un sistema vicarial o de transferencia (*vicarius liability*), la reforma de 2015 reorienta el modelo con claridad a uno de responsabilidad por defecto de organización (por hecho propio o autorresponsabilidad)[46]. Es cierto que se edifica

43. Trabajo realizado en el marco de los Proyectos de investigación «Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea» —DER 2016-78096-P, Ministerio de Economía y Competitividad—, y «Sociedades Seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio», —VA135G18, Junta de Castilla y León—. Una versión previa se ha publicado en el número 2/2018 de la *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*.

44. Hubo una modificación anterior, la de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que amplió el núcleo de sujetos colectivos con capacidad legal para ser penados incorporando a partidos políticos y sindicatos. Sobre ello *vid.* Gimeno Bevia, J., «Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos», *Revista General de Derecho Procesal*, número 43 (2017).

45. Seguimos aquí a Del Moral García, A., con la salvedad de que él habla en este punto de vicariedad matizada («Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español», en Pérez-Cruz Martín, A. J. (Dir.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 57 y 58).

46. *Vid.* al respecto Castillejo Manzanares, R., «La actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas», *La Ley Mercantil*, número 18, octubre 2015.

sobre la responsabilidad penal de la persona física pues sin un delito cometido por una persona física no puede haber responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no se exige para declarar la responsabilidad de la sociedad la condena previa o simultánea de una persona física.

Es un sistema de responsabilidad *acumulativa* o *dual*, en la medida en que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno; ni a la inversa[47]. *Directa*, ya que la responsabilidad es exigible a las personas jurídicas siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente o desempeñe alguno de los cargos o funciones aludidas en el art. 31 bis 1 CP, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Y *restringida*, puesto que se adopta un sistema de *numerus clausus,* al determinarse el elenco de delitos por los que se puede exigir, resultando excluida en otro caso.

La novedosa regulación en la materia adoleció de una relevante omisión que fue objeto de severas críticas: la necesaria reforma procesal que la debía de haber acompañado, indispensable para dotar de sentido y plenas garantías al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que implantaba. Hubo de transcurrir un año para que finalmente y por Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal se introdujeran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante) las mínimas ("inexcusables" dice la ley) modificaciones procesales exigidas. Modificaciones que afectan tanto a normas de tipo orgánico (*v.gr*. las de competencia objetiva para el conocimiento de los procesos seguidos contra personas jurídicas) como aquellas de carácter procesal que se ocupan de las especialidades concretas que ha de experimentar el desarrollo del proceso en tales supuestos, tanto en la fase de instrucción (imputación, declaración indagatoria, régimen de intervención en las diligencias de investigación, medidas cautelares, rebeldía) como en el juicio oral (intervención en el juicio oral, eventual conformidad con la pena solicitada). Dicha regulación procesal ha sido posteriormente ampliada por las leyes orgánicas 5/2015 y 13/2015 y por la ley 41/2015 que, entre otros extremos, transponen Directivas adoptadas en la Unión Europea en materia de garantías procesales para sospechosos y acusados en procesos penales (concretamente las Directivas 2010/64 —traducción e interpretación— 2012/13/UE —información— y 2013/48/UE —asistencia letrada—)[48].

---

47. Lo que ha traído como lógica consecuencia la posibilidad de acuñar un concepto —el de delito corporativo, en la STS Pleno de la sala 2ª, de 29 de febrero de 2016— por el que la persona jurídica responde y el delito individual por el que responde la persona física. *Vid.* al respecto Gómez Jara, C., «Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)», *Diario La Ley*, número 9018, de 11 de julio de 2017.

48. Sobre la aplicabilidad de las Directivas europeas a las personas jurídicas, *vid.* De Hoyos Sancho, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión

Teniendo en cuenta esta nueva realidad, hemos de preguntarnos si la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal, goza de los mismos derechos que la Constitución y las leyes de enjuiciamiento reconocen al imputado o acusado persona física. La respuesta en principio es clara: en cuanto imputado o acusado en un proceso penal, lo es a todos los efectos y con todas las consecuencias. Cosa distinta, en cambio, es que resulte posible y/o conveniente trasladarle en bloque y de forma mimética y acrítica el estatuto jurídico procesal configurado para el imputado, persona física.

Los derechos procesales que las personas jurídicas ostentan como parte pasiva del proceso llegan hasta donde sea preciso para soportar la dinámica procesal y sus garantías de contradicción y defensa. Su origen y razón de ser no están ínsitos en su personalidad jurídica, sino en la garantía de un proceso justo[49].

De ahí que el legislador español haya trasladado expresamente a las personas jurídicas, con las correspondientes matizaciones, el conjunto de garantías constitucionales y formales de las que las personas físicas resultan acreedoras en el seno del proceso penal, empezando por las reguladas en el art. 24 de la Constitución española, precepto que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso con todos los derechos fundamentales procesales que éste entraña. Y haya enunciado específicamente en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el derecho a ser informada de los hechos que se le imputan [art. 119.1.c) LECrim], el derecho a la asistencia letrada, ya sea través de la designación de un abogado de confianza o designado de oficio [art. 119.1.a) LECrim], el estar presente durante las diligencias de investigación o durante la práctica de la prueba anticipada (art. 120 LECrim), el derecho a ser oída de forma previa a la adopción de una medida cautelar (art. 544 quáter LECrim), el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 554.4 LECrim)[50], el derecho a declarar, a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable tanto en la declaración indagatoria prestada en fase de instrucción (art. 409 bis LECrim) como en el posterior juicio oral si se hubiera propuesto su interrogatorio como prueba (art. 786 bis 1 LECrim) y a manifestar su conformidad con la pena a efectos de lograr su imposición en términos más beneficiosos (art. 786.8 LECrim), así como el derecho a ejercer la última palabra (art. 786 bis 1 LECrim). A mayor abundamiento, al introducirse

---

Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas», *Revista General de Derecho Procesal*, número 43 (2017).

49. Van Kempen, P.H.P.H.M.C, «Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR», *Electronic Journal of Comparative Law*, volumen 14.3, 2010.

50. *Vid.* la STS 583/2017 de 19 de julio (FD 17) con remisión a la STS 125/2014, de 20 de febrero que critica la modificación operada en el art. 554 al considerarla innecesaria y restrictiva.

la regulación en la LECrim, y no en una ley especial, se entiende que, en todo aquello no previsto expresamente para las personas jurídicas, resultarán de aplicación las disposiciones generales relativas al investigado, encausado o acusado.

2. Derecho de acceso al proceso en adecuadas condiciones informativas y defensivas

El exigir responsabilidad penal a la persona jurídica trae como ineludible consecuencia la atribución a la misma del estatus de parte pasivamente legitimada para ejercer su derecho de defensa. De esta forma, la persona jurídica habrá de figurar como imputada y luego como acusada para poder ser condenada, siendo necesario identificar en primer lugar cómo puede realizarse el acceso de la persona jurídica como imputada al proceso y el modo y momento en que ha de cumplirse con el derecho a la información de los hechos y de los derechos que le asisten.

Respecto al derecho a la información, primero y básico para cualquier investigado y garantizado por la Directiva 2012/13/UE, recibe, según veremos, un adecuado tratamiento en la LECrim. Aunque formalmente transpuesta en la legislación española por la Ley orgánica 5/2015, buena parte de su contenido por lo que respecta a las personas jurídicas ya lo garantizaba nuestra LECrim desde la reforma operada por Ley 37/2011. Comprende muchos aspectos que aparecen regulados y cumplidos en los arts. 118 a 120, 409 bis, 302 y 775 LECrim. Y, adelantamos, la especificidad en relación a las personas jurídicas no afecta tanto al contenido objetivo del derecho, sino a la forma en que puede hacerse efectivo habida cuenta de la peculiar naturaleza del sujeto investigado, cobrando especial importancia la toma de conocimiento de la imputación.

2.1. Imputación

De este cometido se encargan los artículos 119 y 120 LECrim, el primero de los cuales evidencia que el legislador ha optado en la medida de lo posible por asimilar el estatuto de la persona jurídica al de la persona física al establecer como marco general para su imputación y consecuencias derivadas el art. 118 LECrim, precepto que regula la imputación de las personas físicas.

En efecto, desde el momento en que contra la persona jurídica se dirige la investigación, ésta podrá personarse en la causa, así como conocer las actuaciones e intervenir en ellas. Con ello se da cumplimiento al artículo 118 de la LE-

Crim conforme al cual desde que se produzca la imputación de un hecho punible la persona afectada podrá ejercitar su derecho de defensa, debiendo poner en su conocimiento el Juez Instructor de manera inmediata los hechos presuntamente imputados, objeto de denuncia o querella [arts. 118.1. c) g) h) y 118.5 LECrim] y los derechos que le asisten que deben concretarse y garantizarse, según veremos, en la primera comparecencia de imputación (art. 775 LECrim).

Son transferibles los supuestos o fuentes de imputación de las personas físicas que enuncia el art. 118 LECrim a salvo, obviamente, el de la detención o adopción de medidas cautelares de naturaleza estrictamente personal clásicas. De tal manera, deberá identificarse imputación —y correlativos deberes de traslado informativo y defensivo— en la ordenación de medidas de investigación altamente invasivas en el núcleo de los derechos fundamentales de los que sea titular la persona jurídica (*v. gr.* realización de un registro domiciliario) y cualquier otra actuación procesal con valor atributivo de responsabilidad penal provisional, como lo es la citación en calidad de presunto responsable criminal en los términos previstos en el art. 409 LECrim, la adopción de medidas cautelares y la admisión de denuncia o querella siempre que en las mismas aparezca suficientemente determinada —o determinable— la persona jurídica cuya responsabilidad penal se afirma[51].

En cuanto a la materialización judicial de la imputación, mediante la información por escrito de los hechos presuntos (o mediante copia de la denuncia o querella) y de los derechos que le asisten mediante una comparecencia ante el juez instructor, se efectuará mediante la presencia de una persona física que actúe en su nombre, como sujeto procesal subrogado para el ejercicio de los derechos y cargas que asisten a aquélla[52].

Y en cuanto al momento, éste no es un extremo baladí pues al margen de que marca aquél a partir del cual puede comenzar a ejercer el derecho de defensa, es también tomado en consideración a la hora de permitir alegar (o no) en su día una de las causas que atenúan la responsabilidad criminal de la persona

---

51. Hernández García, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, número 7427, de 18 de junio de 2010.

52. La necesidad y relevancia de la imputación formal de la persona jurídica ha sido puesta de manifiesto por la STS 221/2016, que absolvió a una persona jurídica previamente condenada por estafa, por indefensión al no haber sido imputada formalmente en la causa, enterándose de su participación a través de un escrito de calificación provisional, sin que su representante legal hubiera sido escuchado durante la instrucción criminal. La citada sentencia deja claro que son, por tanto, dos los sujetos de la imputación (persona física y jurídica), cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados. De ahí que, en el caso de autos, se absuelva a la empresa por no haberse cumplido todas las garantías procesales, al no haber sido parte en la instrucción, por no haber sido formalmente imputada, lo que ha provocado su indefensión.

jurídica: haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades (art. 31 quáter CP).

2.2. Presencia/ausencia en las actuaciones y cumplimiento del derecho a la información

Para posibilitar su presencia en las actuaciones y poder ejercer el derecho de defensa en los términos que a continuación se expondrán, se prevé la necesidad de designación de un representante por la persona jurídica a cuyo efecto se dirigirá una citación en su domicilio social tal y como señala el art. 119.1.a) LECrim en la que se le requerirá que designe un representante y se le apercibirá de que la falta de designación no impedirá la sustanciación del procedimiento con Abogado y Procurador (cuya designación también se le requiere con la advertencia de que en caso de no hacerlo se procederá a su designación de oficio)[53]. Este precepto plantea las siguientes cuestiones:

— Citación: su ejecución no debería suponer mayores problemas habida cuenta de que la personalidad jurídica exige la designación de un domicilio social en el momento de la constitución legal de la entidad que podrá ser consultado en el Registro correspondiente[54]. Cosa distinta es la complejidad derivada de eventuales cambios de domicilio sin constancia registral inmediata, domicilios falsos, etc[55]. Por lo demás, resulta muy importante que el instructor se cerciore de que la citación en que se incluye el requerimiento para designar al representante se haya notificado correctamente para asegurar que la eventual falta de designación de representante de la persona jurídica es una actitud voluntaria de ésta ante la existencia de un proceso penal; en otro caso, como indica GASCÓN INCHAUSTI, se estaría propiciando la nulidad de las actuaciones aunque actuaran un abogado y procurador de oficio, pues se habrían mermado de forma significativa las facultades de defensa de la persona jurídica[56]

---

53. Se trata de una solución con la que se trata de dar respuesta a los casos de falta de designación por una decidida estrategia procesal de contumacia, o porque simplemente la sociedad en el caso de las mercantiles se encuentre en fase de disolución y no pueda tan siquiera individualizarse las personas físicas que la integran.

54. Y atendido lo dispuesto en los arts. 9 y 10 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital que establece que las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación y que en caso de discordancia entre el domicilio fijado con arreglo a tales criterios y el registral, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.

55. Véase, al respecto, CASTILLEJO MANZANARES, R., «Aspectos procesales de la responsabilidad de las personas jurídicas», en GÓMEZ-COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., y CALDERÓN CUADRADO, P. (Coords), *El derecho procesal español a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 958-959.

56. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 86.

— Designación de representante: legislativamente se ha previsto —coherentemente con el reconocimiento a su libertad de organización— que sea la propia persona jurídica imputada quien designe a su representante en el proceso penal con la única limitación expresa de que no podrá designar como representante a quien haya de declarar como testigo (art. 786 bis LECrim). Sobre esta cuestión la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado (Conclusión duodécima) advierte de que dado el particular juego de intereses que puede existir en el seno del procedimiento penal entre la persona jurídica y las personas físicas imputadas y entre estas y el resto de intervinientes en el proceso, los Sres. Fiscales deberán poner especial atención en evitar que la designación del legal representante de la corporación en el seno del procedimiento se utilice como vía de obtención fraudulenta de un estatus similar al del imputado por parte de personas que deban intervenir en el procedimiento en otra condición, particularmente en calidad de testigos. Sin embargo, tales cautelas no parecen ser suficientes; y en la actualidad una adecuada organización en *Compliance* —o dicho de otro modo, un eficaz modelo de organización y gestión — debería prever quién ha de representar a la persona jurídica en el caso de que la misma sea citada para comparecer, y los conflictos de intereses que podrían llegar a existir entre la persona jurídica imputada y su representante designado en el proceso penal —lo que especialmente se pondrá de manifiesto en los supuestos en que el representante esté también imputado en ese mismo proceso penal—para abstenerse de nombrar o cesar inmediatamente a cualquier representante ya designado que tuviese intereses opuestos a los de la sociedad en el proceso penal[57].
— Partiendo de la base de que la limitación contenida en el art. 786 bis LECrim, aun cuando prevista para la actuación en el juicio oral, la consideramos extensible a la fase de instrucción y, en concreto, para la comparecencia y declaración como imputada, la consecuencia que de aquí se desprende es doble: no podrá ser designada como representante la persona que pueda llegar a ser llamada como testigo; pero tampoco podrá declarar como testigo el que haya sido nombrado representante de la persona jurídica. Es cierto que con esa solución puede propiciarse un uso torticero designándose como representante a aquel que eventualmente debiera declarar como testigo precisamente para privar al juicio de tal testimonio. Pero en todo caso y puesto que el representante no es un mero mandatario sino un sujeto que se subroga en el ejercicio de los derechos de la persona jurídica, no puede limitarse esta designación sin afectar al

57. Serrano Zaragoza, O., «Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal», *Revista Aranzadi doctrinal*, número 6, 2016. Se trata de un problema que ya fue abordado por el Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia 154/2016, F.J. 8º.

> derecho de defensa de la propia entidad[58]. Sólo desde que se determine la persona física que asuma la representación defensiva de la persona jurídica deberá sustanciarse la comparecencia personal de imputación [art. 119.1.b) LECrim] y no antes, quedando asegurada por el propio art. 119 LECrim la imposibilidad de la no designación de un representante defensivo como estrategia procesal de contumacia, al establecer dicho precepto que la falta de designación no impedirá la sustanciación del procedimiento y que la inasistencia de dicho representante al acto de la comparecencia determinará que ésta se celebre con el abogado y procurador designado por la propia entidad o, en su defecto, por el asignado de oficio[59].

Incomparecencia y ausencia de la persona jurídica: existen algunas diferencias con la de la persona física justificadas, en buena medida, en las particularidades que acompañan a aquélla y en su falta de corporeidad (*v.gr*. frente a la incomparecencia a una citación no podrá acordarse la detención ni advertirse en ella — en la citación— de tal cosa; si en cambio que de no comparecer esto no impide la sustanciación del procedimiento).

En fase de investigación: La incomparecencia de la persona jurídica en la fase de investigación no impide la continuación de las actuaciones pues el art. 409 bis prevé que la incomparecencia de la persona especialmente designada por aquélla para su representación determinará que se tenga por celebrado el acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar. Y esto tiene consecuencias pues supone una excepción a la regla establecida para las personas físicas en el art. 779.1.4ª LECrim que indica que sólo se puede abrir juicio oral contra aquélla persona a la que se haya tomado declaración previamente a presencia judicial en los términos del art. 775 LECrim[60].

---

58. Como indica Renedo Arenal, M.A., «La imputación de la persona jurídica», en Pérez-Cruz Martín, A. J. (Dir), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 103 y 104, limitar esta designación sería tanto como defender que un imputado pudiera ser designado como testigo por ser la única vía de esclarecimiento de los hechos, posición ésta no sólo absurda sino contraria a los derechos procesales y constitucionales que todo investigado tiene.

59. Aunque para lograr esta designación en un plazo razonable para el legislador parece ser suficiente con las advertencias y consecuencias derivadas de la falta de designación, algunos autores se han planteado la posibilidad de recurrir al uso de multas coercitivas periódicas en la forma establecida en sede de ejecución civil (así Castillejo Manzanares, R., «Aspectos procesales de la responsabilidad de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 957).

60. Justificado, a juicio de Del Moral, A., porque si bien la primera comparecencia del art. 775 LECrim tiene una doble vertiente; que sepa del objeto del proceso y lo que se le imputa y, como contrapartida, que cuente todo lo que sepa de los hechos si así lo desea, esa segunda vertiente tratándose de persona jurídica no tiene sentido. Una cosa es que esa comparecencia haya de realizarse a través de quien legalmente le represente y que si esa persona física concreta tiene conocimiento relevante directo o indirecto de los hechos penalmente trascendentes se le pueda recibir declaración; cosa distinta, que sea imprescindible («El estatuto jurídico procesal», en *Jornada de Derecho Penal: Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2011, disponible on line en www.sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2011/Ponencias/1674156562_79201112405.pdf, pp. 7-8).

Y únicamente será llamada por requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de la primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido, supuesto bastante extraño en la práctica y que parece referirse más bien a los casos en que no ha podido realizarse en el domicilio la citación. El art. 839 bis LECrim indica el contenido de la requisitoria y las consecuencias de desatender el plazo que en ella se fija para la comparecencia: la declaración de rebeldía.

En cuanto a la *incomparecencia del representante al acto del juicio* no tendrá mayor repercusión porque el art. 786 bis 2 LECrim determina que continuará el procedimiento siempre que se encuentren presentes el abogado y procurador de la persona jurídica. Esto supone una gran diferencia de trato con respecto a las personas físicas (en que sólo excepcionalmente se permite la sustanciación del juicio en ausencia[61]) si bien la justificación aquí es clara (el representante no ha contraído responsabilidad personal penal alguna y no tiene por qué recibir idéntico tratamiento que el sujeto pasivo del proceso penal) y además no se causa ningún género de indefensión.

Por lo demás, hay que hacer una breve referencia a las consecuencias que pueden derivarse para el proceso inculpatorio en curso de las modificaciones estructurales que pueda sufrir la persona jurídica. En este sentido, el art. 130.2 CP: dispone que «*La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

Sin perjuicio de los problemas que en orden a la imputación penal y a la individualización de las consecuencias sancionatorias puedan derivarse de tan parca regulación, la fórmula proyecta evidentes efectos reflejos sobre el proceso y

61. Según establece el art. 786.1.II LECrim que lo limita a los casos en lo solicite la acusación frente a la persona a la que en su día se le dio traslado de la imputación conforme al trámite del art. 775 LECrim y con el límite de que la pena solicitada no puede exceder de dos años si fuere privativa de libertad o de seis si fuera de otra naturaleza.

sus reglas de desarrollo abriendo algunos interrogantes[62] a los que no se ha dado respuesta por el legislador, que no ha dotado al art. 130.2 CP del pertinente complemento procesal[63]. En primer lugar, la modificación de la persona moral plantea el problema del mantenimiento, o no, del representante defensivo designado hasta ese momento; en segundo lugar, y sobre todo en supuestos de escisión o cesión de capital, si debe reconocerse la facultad de entrada en el proceso, y con qué efectos, a las sociedades resultantes o en las que se transforme la sociedad primigenia.

3. Derecho de defensa

3.1. Derecho a la autodefensa. Especial consideración de la conformidad

El representante especialmente designado de la persona jurídica podrá ejercer como medio de defensa todos los derechos cuyo titular es la persona jurídica a la que representa, tales como el nombramiento o remoción de letrado de confianza, prestar declaración y contestar en su caso a las preguntas que se le formule, asistir e intervenir personalmente en determinadas diligencias —art. 120 LECrim, posibilidad de formular observaciones en la inspección ocular; arts. 350.2, 356, 471.2 LECrim, sobre la facultad de nombramiento de peritos— o de dirigir pretensiones al órgano judicial que no requieran la firma e intervención de abogado —art. 58 LECrim, posibilidad de formular recusación verbal del juez instructor; art. 501 LECrim, en aplicación analógica, posibilidad de oponerse a la adopción de medidas cautelares; arts. 396 y 400 LECrim, facultad de declarar cuantas veces quiera y estime pertinente para su defensa a lo largo de la tramitación de la fase previa; 786 bis 1 LECrim, comparecer al acto del juicio oral ocupando en la sala el mismo sitio que los acusados y declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba y ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el juicio[64].

En cuanto a la prestación de declaración como un modo de defenderse, la Circular 1/2011 de la FGE dice en su Conclusión duodécima (referida a la declaración indagatoria) que «*los Sres. Fiscales cuidarán de que el representante legal tenga la posibilidad —si así lo considera oportuno— de prestar declaración con las garantías del imputado en representación de la persona jurídica, dejan-*

62. Son advertidos por Hernández García, J., proponiendo soluciones basadas en buena medida en el derecho comparado, para suplir el silencio del legislador («Problemas alrededor del estatuto procesal…», *op. cit.*, p. 15).

63. Como indica Gascón Inchausti, F., *Proceso penal y persona jurídica*, *op. cit.*, pp. 74-77, indicando algunas soluciones al respecto.

64. Sobre el derecho a la última palabra con relación a las personas jurídicas *vid.* STS 583/2017, de 19 de julio.

do constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso».

Respecto al contenido de la declaración prestada en fase de instrucción, la jurisprudencia del TS ha aclarado que deberá centrarse, de manera necesaria, en la averiguación de los hechos referidos al delito corporativo sin que sea suficiente la mera indagación sobre el delito individual. Así en la STS 221/2016, de 16 de marzo indica que «*Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse "... a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización". El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa*». «*De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad*».

En relación a la declaración prestada en el juicio oral, en la Conclusión decimocuarta (de la Circular 1/2011) referida al interrogatorio en juicio oral se advierte que «*en el supuesto de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que declare con las garantías propias del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones según lo previsto en los artículos 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la LECrim y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice*».

Sobre la conformidad, muy problemática según veremos a continuación para articularse con relación a las personas jurídicas, la LECrim poco aclara pues únicamente indica —art. 787.8 LECrim— que deberá prestarla su representante especialmente designado siempre que cuente con poder especial[65] y que

65. Es decir, poder en el que de manera expresa y particular se le autoriza por los órganos competentes de la persona jurídica a llevar a cabo un acto dispositivo tan relevante. Habrá de examinarse por el Juez a fin de comprobar, de un lado, su autenticidad y, de otro, que se corresponde con la voluntad de la persona jurídica. Y como en ese documento, inicialmente aportado en las actuaciones. Sólo se va a recoger la autorización genérica para conformarse, pero no el contenido concreto de la misma que se alcanza en el curso del proceso, si el Juez tiene dudas de si el mismo es conocido y consentido por la persona jurídica, una vez informada por el representante y el Abogado de su alcance, lo

podrá realizarse «*con independencia de la posición que adopten los demás acusados y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con estos*», es decir, con los que no se han declarado conformes. Téngase en cuenta que la conformidad de la persona jurídica es independiente o, dicho con otras palabras, constituye una excepción a la regla general establecida en el art. 697 LECrim por la que si existen varios acusados conjuntamente en un mismo proceso todos ellos deben conformarse para obtener del tribunal una sentencia de conformidad. Opción legislativa que si bien parece lógica, puesto que en un gran número de procesos concurrirán conjuntamente la persona jurídica y las personas físicas imputadas y si no se aceptase esta suerte de conformidad «unilateral», la sociedad nunca podría evitar la temida «pena de banquillo» con su correspondiente daño a su reputación e imagen[66], deja latente un problema que advierte la doctrina: ante una eventual absolución de los acusados para los que sí hubo juicio oral, no parece aceptable que por unos mismos hechos para otros acusados sí haya condena por mucho que ésta pueda ser rebajada o premiada[67].

Por estos y otros motivos, la Fiscalía General del Estado ha manifestado sus reticencias y recelos ante el funcionamiento de este instituto aconsejando a los Fiscales cuidar «*de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa. En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación*»[68].

A tenor de las exigencias del artículo 801.1.2º de la LECrim y en consideración a lo expuesto en el texto de esta Circular 1/2011 en relación con los juicios de conformidad respecto de personas jurídicas, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible (delitos castigados con pena de multa o con

---

prudente es que se tome declaración al representante para que relate cuándo y cómo ha sido informada la persona jurídica y si considera que en su aceptación se han valorado debidamente sus efectos (RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas» en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (Dir.), *Proceso penal y responsabilidad…*, *op. cit.*, pp. 196-197; 211 y 212.

66. GIMENO BEVIÁ, J., «Problemas y alternativas a la conformidad de la persona jurídica en el proceso penal», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (Dir.), *Proceso penal y responsabilidad…*, *op. cit.*, pp. 217-219.

67. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La conformidad…», *op. cit.*, p. 194, y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, *op. cit.*, p. 175.

68. Circular FGE 1/2011, Conclusión decimocuarta.

otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años), se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1. 5ª de la LECrim. Es decir, que aun siendo legalmente posible sobre el papel desembocar en una conformidad *premiada*, en la práctica esto no ha de suceder porque el Fiscal no estará de acuerdo.

3.2. Derecho a la defensa técnica

En cuanto a la defensa técnica hay que tener en cuenta que se trata de otra vertiente del fundamental derecho a la defensa pero que, al contrario que la autodefensa, no es de ejercicio personalísimo ni, como regla general, renunciable.

Este derecho ha sido objeto de atención también por la Unión Europea en su Directiva 2013/48/UE, transpuesta específicamente en la legislación española por Ley 13/2015, que modificó diversos preceptos de la LECrim; entre ellos, y en lo aquí aplicable, el art. 118.

Ninguna duda en cuanto a la extensión a la persona jurídica de este derecho que, por otra parte y en nuestra legislación procesal, está generosamente tutelado para personas físicas y jurídicas. La persona jurídica debe ostentar, desde el arranque del proceso, y en los términos del art. 767 LECrim en relación con 119.1.a) y 409 bis LECrim, de la preceptiva asistencia letrada, mediante su representante defensivo, con la misma posición activa y con el mismo alcance que las personas físicas que puedan resultar imputadas.

Respecto al contenido de este derecho, como punto de partida se reconoce en idénticos términos a los de la persona física, de modo que ante todo se traduce en la designación de un Abogado de confianza, designándosele en otro caso de oficio —art. 119.1.a) LECrim.

La designación de un letrado de oficio, ante la pasividad de la persona jurídica, debe ir seguida, aun cuando la ley no lo señale expresamente, de la fehaciente comunicación a la entidad de la identidad de su abogado[69]. Por lo demás el derecho a la asistencia letrada incluye el derecho a comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se reciba declaración por la policía, el Fiscal o la autoridad judicial (art. 118.2 LECrim) y la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado/encausado y su abogado (art. 118.4 LECrim).

---

69. Advertencia que, en cambio, sí que realiza en relación con el procurador [art. 119.1.d) *in fine* LECrim].

Respecto a este último extremo (confidencialidad) conviene tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) viene a excluir a los abogados internos del ámbito protegido por el deber de confidencialidad, argumentando que los que están en nómina en la empresa carecen, en el desarrollo de sus funciones de asesoramiento, de la necesaria independencia que caracteriza a la función de la abogacía (STJUE Azco y Akros c/ Comisión, de 17 de noviembre de 2007, asuntos T-125/2003 y T-253/2003)[70].

En cambio, la doctrina del TJUE deja claro que en relación a los abogados externos no se plantearán problemas para considerarlos cubiertos por tal privilegio, de modo que podrán negarse a declarar, así como a exhibir documentos relacionados con el asesoramiento que hayan dispensado a la persona jurídica, por lo que una eventual externalización de servicios podría ser una fórmula muy útil para garantizar la confidencialidad.

3.3. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

Este aspecto de la asistencia letrada es el que más dudas suscita en cuanto a su aplicación a las personas jurídicas.

En la vigente regulación española no se reconoce con carácter general, sino únicamente de manera restringida a entidades caracterizadas por responder a fines de utilidad pública o interés social. En efecto, la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), al determinar el ámbito personal de aplicación de este derecho instrumental, tras referirse a las personas físicas, nacionales o extranjeras, que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, indica, con carácter tasado y muy limitado, qué personas jurídicas serían beneficiarias de la prestación de asistencia jurídica gratuita. Distingue, de una parte, entidades que gozan de la gratuidad de la justicia sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar —como sería el caso de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social [art. 2. b) LAJG], las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo [art. 2.i) LAJG], la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad (Disposición Adicional 2ª LAJG)—, y de otra parte, aquellas que deben acreditar la insufi-

---

70. Sobre ella *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010», *Diario La Ley*, número 7668, 7 de julio de 2011 y NIETO MARTÍN. A., «Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, número 8120, de 5 de julio de 2013, pp. 8 y 9.

ciencia de recursos, que serían las asociaciones de utilidad pública, y las fundaciones inscritas en el Registro público correspondiente [art. 2. c) LAJG].

Este limitado reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita deja fuera a la mayor parte de las estructuras asociativas o corporativas reconocidas por la legislación civil y, singularmente, a las sociedades mercantiles o de capital, principales destinatarias de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero precisamente la entrada en vigor de un auténtico sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas como el español, constituye una de las razones fundamentales que esgrime el sector doctrinal que pugna por ampliar el derecho a todo tipo de personas jurídicas siempre que acrediten insuficiencia de recursos[71].

La transposición de la Directiva 2016/1919/UE, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, podría ser la ocasión para plantearse tal ampliación. Abonaría esta solución el hecho de que la Directiva es aplicable a sospechosos y acusados en procesos penales, sin concretar si es aplicable a personas físicas y/o jurídicas, por lo que ante la falta de exclusión comprendería también a aquellas. Asimismo, los amplios términos con que el art. 2 de la Directiva 2016/1919 fija su ámbito de aplicación; como indica De Hoyos[72], aunque debido a la falta de «corporeidad» de las personas jurídicas éstas no van a padecer en el proceso penal situaciones de privación de libertad ambulatoria, ni como medida cautelar ni como pena, debe tenerse en cuenta que la asistencia jurídica gratuita abarca también todas aquellas situaciones en que la persona sospechosa o acusada deba ser asistida por un letrado de conformidad con el Derecho nacional o de la Unión, o cuando deban o puedan asistir a un acto de investigación o de obtención de prueba —incluso sin privación de libertad. Finalmente, el art. 4 de la Directiva indica que «*los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados que no dispongan de recursos suficientes para sufragar la asistencia de un letrado, tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando el interés de la justicia así lo requiera*», estableciendo a continuación la necesidad de realizar una «*evaluación de medios económicos, de méritos o de ambas cosas, para decidir si se ha de conceder la asistencia jurídica gratuita*». Lo que no parece tener cabida a la luz de este precepto —indica de nuevo De Hoyos— es la exclusión del disfrute de este derecho fundamental de un tipo de investigados o

71. Véase, entre otros, Neira Pena, A. M., *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, tesis doctoral, Universidad da Coruña, A Coruña, 2015, p. 451 (disponible en www.hdl.handle.net/2183/16496).

72. De Hoyos Sancho, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas», *Revista General de Derecho Procesal*, 2017, número 43, p. 34

encausados sin que siquiera se haya llegado a producir esa «evaluación» a que se refiere la Directiva[73].

Pese a las razones anteriormente indicadas de quienes abogan por la generalización de este derecho a las personas jurídicas, lo cierto es que no parece que esta idea haya estado en la mente del legislador europeo, a la vista de la inicial Propuesta de la Comisión y posteriores documentos generados a lo largo de la tramitación de la Directiva, y del silencio absoluto que guarda en el texto y Considerandos explicativos Como tampoco en la mente del legislador español pues tampoco en la última reforma de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita[74], se ha incluido esta solución.

Legislar en este sentido no es sencillo, en un momento como el actual en el que apenas se a superar el contexto de crisis económica de los últimos años. La caracterización de las sociedades de capital como entidades con ánimo de lucro en las que domina el interés particular, opuesto al interés general, que es por el que se decanta la LAJG, tampoco favorece la eventual extensión del derecho[75]. Además y como reconocen los propios defensores de la ampliación del derecho, podrían suscitarse complejos problemas sobre todo en relación con las estructuras societarias marcadas por el componente personal —sociedades colectivas, limitadas con un único socio, sociedades familiares, etc.— donde podría producirse la paradoja de que los socios que las integran carecerían como personas físicas de las condiciones que la LAJG exige para acceder al sistema público de prestación y, sin embargo, la situación financiera de la sociedad inculpada sí le impidiera asumir los gastos defensivos a cargo del activo o los fondos de reserva. La norma, en estos casos, debería ser particularmente exigente con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas, estableciendo con precisión en qué casos y en qué condiciones los socios deben asumir de forma personal, en particular cuando no han resultado inculpados en el proceso penal en curso, los gastos de defensa de la mercantil inculpada. En el extremo contrario, encontramos aquellos supuestos en los que la sociedad mercantil cuyo estado financiero no le permite asumir los gastos de asistencia jurídica, sin embargo, concurren indicios razonables o evidencias registrales de que pueda pertenecer a un grupo de empresas cuya sociedad dominante sí disponga de capacidad para satisfacerlos. También la ley en este supuesto debería prever los criterios de transferencia e imputación de gastos a las mercantiles que, *prima facie*, no asumen la condición de

73. *Ibidem*.

74. *Vid*. Disposición final primera de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2104, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden europea de investigación.

75. *Vid.* Chocrón Giráldez, A. M., «Responsabilidad y defensa de la persona jurídica imputada en el proceso penal», *Revista Aranzadi doctrinal*, 5 de septiembre de 2011, p. 185.

inculpadas pero mantienen intensos vínculos organizativos, económicos y finalísticos con la sociedad inculpada[76].

4. Derecho a la traducción e interpretación

Este derecho, garantizado hoy para todo investigado o acusado que no hable o entienda el castellano o la lengua oficial en la que se desarrollen las actuaciones (art. 123 LECrim) en principio también puede ser extendido a las personas jurídicas.

Aunque la ley no contiene ningún tipo de precisión adicional, y en consecuencia el requisito a tener en cuenta para generar el derecho sería el desconocimiento de la lengua del proceso, consideramos conveniente distinguir en relación a su ejercicio por parte de la persona jurídica, dos supuestos: el primero, el relativo al acceso a la información inculpatoria documentada —fuente de imputación—; el segundo, a la actuación intraprocesal del ente jurídico mediante su representante defensivo[77].

Respecto al primero, en el caso de que la persona jurídica no tenga nacionalidad española y su domicilio social se encuentre fuera del territorio nacional, parece clara la obligación de que la información esencial se traslade en la lengua del país donde se ubica[78]. No obstante, en supuestos en los que sin perjuicio de la nacionalidad y del domicilio transfronterizo del ente, éste dispone de centros de decisión y órganos de dirección o representación en España cabe presumir, *prima facie*, el conocimiento de la lengua oficial o cooficial española en la que se haya formulado la imputación y, por tanto, en este idioma —español— se trasladará la información.

En relación con el segundo supuesto, el derecho al intérprete y su extensión debería activarse en atención a las necesidades lingüísticas de la persona física que asuma la representación defensiva. Éste, por tanto, se subroga en la titularidad del derecho, debiendo garantizarse el mismo tanto en sus comparecencias personales ante el órgano encargado de la investigación y la sustanciación del proceso, como en los contactos preparatorios de la defensa con el letrado designado para la asistencia jurídica. Ciertamente, la propia naturaleza, estructura, organización y forma de actuación de las personas jurídicas hace pensar

76. Hernández García, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal…», *op. cit.*, pp. 18 y 19

77. Seguimos en ello a Hernández García, J., *ibidem*.

78. En este sentido se pronunciaba ya la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 5/2010 (apartado VI.4).

que, a pesar de ser extranjeras, podrían intervenir perfectamente en el proceso a través de un representante que conozca nuestro idioma, sin necesidad de intérprete. No obstante, en el infrecuente caso de comparecer en actuaciones orales un representante que desconozca el idioma, sería imprescindible garantizar su derecho con la asistencia de intérprete, por más que habrá que estar atento a si la actuación en tales casos de la persona jurídica es contraria a la buena fe procesal y persigue fines meramente dilatorios[79].

5. Derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia se proyecta igualmente sobre las personas jurídicas investigadas y/o acusadas en su doble vertiente: como regla de tratamiento, y como regla de juicio. La primera, durante el curso del procedimiento para exigir a las autoridades estatales que den al sospechoso o acusado un tratamiento ajustado a su situación jurídica de no haber sido declarado culpable por sentencia; la segunda, como garantía en la fase del juicio oral para garantizar que solo se pueda condenar si la acusación ha presentado pruebas de carácter incriminatorio y que resulten suficientes a ojos del tribunal para desvirtuar la inocencia del acusado.

Se trata de una concepción acuñada durante largo tiempo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar el art. 6.2 del Convenio (CEDH), que también ha sido seguida por la Directiva 2016/343 UE sobre presunción de inocencia y derecho a estar presente en el juicio, Directiva que sin embargo y de modo inexplicable, excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas investigadas o acusadas en procesos penales por considerar que no era el momento adecuado (por prematuro) para ocuparse de esta cuestión[80]. Esto no significa que el legislador europeo niegue el reconocimiento de esta garantía a las personas jurídicas; solo que, al menos por ahora, nada se armoniza en su favor de modo que éstas deberán seguir guiándose por lo establecido por el CEDH y por la interpretación que de él hagan el TEDH y el TJUE, cuya evolución determinará en su caso la necesidad de una intervención de la Unión[81].

---

79. Rodríguez Bahamonde, R., «Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal», en Pérez-Cruz Martín, A. (Dir.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 123.

80. Considerando 14º de la Directiva: «*en el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas*» (Considerando 14º de la Directiva). Véanse, entre otras, las críticas del Comité LIBE del PE en su Informe de 18 de mayo de 2015 a la Propuesta de Directiva (documento PE 546.756v02-00 A8-0133/2015).

81. Considerandos 14º y 15º.

El ordenamiento español, por su parte, reconoce expresamente esta garantía para las personas jurídicas, según hemos visto ya anteriormente con ocasión del derecho al silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable que consagran los arts. 409 bis y 786 bis LECrim y sobre los que volveremos a continuación. Y aunque no es posible detenerse sobre las consecuencias derivadas de esta dicotomía sobre el diferente nivel de garantías nacional y europeo[82], no olvidemos que la falta de armonización europea sobre este punto permite exportar/exigir nuestro propio estándar de garantías en todos los requerimientos de cooperación judicial que se reciban en España de otros Estados miembros en relación con medidas de investigación, cautelares o de ejecución en el marco de procesos penales contra personas jurídicas[83].

5.1. Derecho a no autoincriminarse (derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable)

La jurisprudencia europea ha considerado que el derecho al silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, si bien no citados expresamente en el art. 6 CEDH, representan elementos esenciales de la noción de proceso justo directamente vinculado a la presunción de inocencia[84] y en tal sentido se ha recogido de manera expresa de la Directiva 2016/343/UE.

Con relación a las personas jurídicas, aunque el reconocimiento del derecho a no autoincriminarse ha sido objeto de discusión doctrinal, la ley española es clara sobre el particular y lo reconoce en términos inequívocos en dos preceptos a los que ya se ha hecho referencia anteriormente. Por una parte, el art. 409 bis LECrim, ubicado en fase de investigación, que regula la declaración de la persona jurídica mediante representante especialmente designado por ella, reconociendo el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. Y advierte que en caso de que la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no comparezca, ello determinará que se tenga por celebrado dicho acto (la declaración), entendiéndose, por tanto, que se acoge a su derecho a no declarar. Por otra, el art. 786 bis 1 LECrim, que reconoce la titularidad de estos derechos a la persona jurídica en el marco del juicio oral.

---

82. Sobre esta cuestión véase Faggiani, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Aranzadi, Navarra, 2017.

83. Extrapolando las consecuencias de la STJUE en el asunto Melloni, según indica De Hoyos Sancho, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales…», *op. cit.*, p. 40.

84. Véase ampliamente sobre este tema Luparia, L., «La presunción de inocencia en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 2, 2017.

Ahora bien y cómo advierte GARAU ALBERTÍ[85], la cuestión aquí es determinar si el alcance de este derecho es coincidente con el de las personas físicas o exige algún tipo de modulación o concreción.

La respuesta, como veremos, es la segunda, al punto de que algunos autores emplean un concepto más expresivo y gráfico: derecho a la no colaboración activa[86]. Y la razón de tal matización: los problemas de deslinde que pueden plantearse con lo que constituyen deberes positivos de información y declaración de datos necesarios para el adecuado y racional desarrollo de las potestades de ordenación de la Administración; en especial, con la aplicación de la normativa sectorial administrativa en materia inspectora y sancionatoria tributaria, donde se previenen numerosos supuestos en los que la persona jurídica, en particular bajo formas societarias mercantiles, y sus representantes, vienen obligados, bajo la *amenaza* de fuertes *astreintes* pecuniarias, a aportar documentos que pueden servir de base para la correspondiente sanción administrativa. Documentos que, a su vez, pueden adquirir un evidente potencial probatorio en los procesos penales que se incoen contra personas físicas, representantes o directivos, a raíz, precisamente, de los hallazgos de indicios de criminalidad en el curso del procedimiento administrativo previo.

En este punto, no obstante, la jurisprudencia de nuestros Tribunales (*v. gr*. STC 18/2005) así como la del TJUE no reconocen vulneración alguna del derecho en cuestión derivada de la entrega de documentación comprometedora a la Administración Tributaria; fundamentalmente, porque la persona no es requerida ni conminada a cooperar bajo amenaza de sanción en el expediente administrativo previo a la incoación del proceso penal. De modo que dicha actuación no afecta a su derecho a la no autoincriminación, por lo que éste no puede oponerse para evitar los efectos reflejos probatorios en el proceso penal posterior.

Como señala NEIRA PENA[87], el deber de someterse a ciertos controles o de exhibir ciertos documentos no siempre vulnera el derecho a no declarar, especialmente cuando tales materiales no han de ser específicamente producidos para ser aportados al proceso, sino que existen de forma previa e independiente a la voluntad del acusado, particularmente, en virtud de una obligación legal. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido claramente que la aportación de datos con trascendencia tributaria no es equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en el art. 24.2 CE,

---

85. GARAU ALBERTÍ, C., «Derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica», *Diario La Ley*, 1 de septiembre de 2017.

86. GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., «Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 40, septiembre 2016.

87. NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 288 y ss., con cita de las SSTC 110/1984, 76/1990 y 197/1995.

señalando que no existe un derecho a la reserva de datos de naturaleza económica y que la manifestación de bienes y la exhibición contable constituye, por lo tanto, un deber de colaborar con el órgano judicial que no atenta contra la Constitución. Ahora bien, lo que evidentemente no cabe, ni ha dicho el TC, es que exista un deber genérico de colaborar, aportando pruebas directamente incriminatorias en el marco de un procedimiento sancionador.

En este sentido, resultará clave determinar si los documentos requeridos tienen un carácter obligatorio *ex lege*, o si, por el contrario, responden a la voluntad de la entidad de establecer determinados controles internos de sus actividades o son confeccionados en atención a un requerimiento *ad hoc* de los órganos de investigación penal.

En el caso de las personas jurídicas, como ejemplos paradigmáticos de documentos internos, de carácter autoincriminatorio, que sí deberían considerarse, en opinión de la citada autora, protegidos por el derecho a no declarar, aparecen los archivos derivados del canal de denuncias de la empresa, en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas. Tales documentos pueden servir para que la entidad que los aporta voluntariamente a la autoridad penal vea atenuada su responsabilidad o, incluso, pueden permitirle quedar exenta de responsabilidad por los delitos cometidos por sus miembros [art. 31 bis 5 apartados. 4º y 6º y art. 31 quáter d) CP]. Sin embargo, al no existir una obligación legal expresa de documentar y archivar esa información, no se trataría de documentos requeridos *ex lege*, mientras que su carácter incriminatorio resulta evidente por lo que, de ser requeridos bajo amenaza de sanción, constituirían una prueba ilícita.

5.2. Presunción de inocencia y medidas cautelares

De nuevo como regla de tratamiento procesal, la presunción de inocencia supone que la persona, física o jurídica, sometida al proceso, sigue siendo titular —entre otros derechos fundamentales— del derecho a la libertad, por lo que su restricción durante la pendencia del proceso reclama estándares muy exigentes, tanto en orden a la motivación de la decisión restrictiva como a la proporcionalidad y duración de las medidas cautelares acordadas.

Expresivamente: el principio de presunción de inocencia impide considerar a éstas como *penas anticipadas,* por lo que su aplicación sólo estará justificada cuando concurran los tradicionales presupuestos del *fumus boni iuris* (o, más bien, *fumus commissi delicti*), el peligro por el retardo (*periculum in mora* o *periculum libertatis*) y la observancia del principio de proporcionalidad.

La LECrim española en este punto adolece de una censurable parquedad, pues únicamente dedica a la materia un artículo específico —el art. 544 quáter LECrim—, artículo que a su vez es extraordinariamente parco al limitarse a indicar el procedimiento a seguir para su adopción, de carácter contradictorio[88], remitiéndose en cuanto al catálogo de posibles medidas a adoptar a las previstas en el Código Penal. Tan exigua regulación necesariamente tiene que ser integrada mediante la aplicación de la teoría general de las medidas cautelares[89], y así lo han hecho nuestros tribunales cuando han debido de actuar realizando un correcto uso de su potestad cautelar[90] y una aplicación mesurada y ajustada a los presupuestos que las informan[91].

5.3. Presunción de inocencia y carga de la prueba

La presunción de inocencia, como regla de enjuiciamiento del imputado[92], exige que la convicción de culpabilidad se alcance mediante prueba, que debe resultar suficiente tanto para la acreditación del hecho como de la culpabilidad del autor. Prueba que ha de haber sido obtenida con pleno respeto a las reglas de producción y, en particular, a los límites que imponen los derechos fundamentales sustantivos; debe garantizarse en algún estadio del proceso la intervención contradictoria y defensiva de la parte acusada; y ha tenido que ser valorada de forma racional. Además, y de conformidad a la jurisprudencia del TEDH, la protección de la presunción de inocencia como regla de enjuiciamiento resulta incompatible con fórmulas de presunción *iuris et de iure* de responsabilidad penal (STEDH *Salabiaku c/Francia*, de 7 de octubre de 1998).

---

88. Instancia de parte, vista contradictoria para su imposición que se efectuará en un auto recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.

89. Sobre este tema, *vid.* Arangüena Fanego, C., «Medidas cautelares personales frente a persona jurídica», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (Coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 93 a 124 y «Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales», en *REDEM - Revista de Derecho Empresarial*, número 2, octubre 2014, pp. 83-115.

90. Continuando la línea que habían seguido con carácter previo a la propia reforma de 2010 a la hora de acordar con carácter cautelar y para determinados delitos las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP coincidentes, por lo demás, con las que tras la atribución de responsabilidad penal directa a las personas físicas se regulan hoy como medidas cautelares personales, caracterizada por una excepcional prudencia, derivada ante todo de la especial exigencia de proporcionalidad que los tribunales asocian a la gravedad de sus efectos, pero también y muy probablemente a la inseguridad derivada de la parquedad de la regulación legal. La consulta de la jurisprudencia de las Audiencias permite destacar algunos términos que, por su reiteración en otras resoluciones judiciales, parecen haberse convertido en una cláusula de estilo y que, de manera explícita o bien implícitamente, aluden a los presupuestos tradicionales que presiden la tutela cautelar.

91. Aunque no centrado precisamente en materia cautelar, pero sí en la necesidad de acreditar en fase de instrucción la concurrencia de indicios que evidencien un defecto estructural en los mecanismos de prevención de la empresa, *vid.* auto del Juzgado Central de Instrucción número 4, de 11 de mayo de 2017.

92. No es momento para detenernos aquí sobre la crítica existente en un sector doctrinal a la configuración en el proceso penal de la presunción de inocencia como una regla de carga de la prueba. Sobre esta posición, *vid.* Nieva Fenoll, J., «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, 1/2016, pp. 10 y ss.

Todo lo anterior adquiere particular importancia en orden, precisamente, a declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, la prueba plenaria debe servir para individualizar el concreto interés perseguido por el ente en la conducta criminal ejecutada por el agente representante, directivo o dependiente, o los concretos defectos de organización que han impulsado, propiciado o permitido la comisión de los correspondientes delitos, sin que pueda admitirse ninguna fórmula de objetivación o de presunción para declarar la responsabilidad que tome en cuenta exclusivamente la relación entre la persona moral y su órgano de dirección, o representación[93].

El Tribunal Supremo ha tomado posición sobre el particular[94] y tras reconocer que las personas jurídicas son titulares del derecho a la presunción de inocencia (así como del resto de los derechos propios del acusado) ha considerado que es a la acusación a la que en todo caso le corresponde la carga de la prueba de los hechos constitutivos del delito y de la culpabilidad de la entidad lo que incluye la ausencia bien de esa cultura de cumplimiento, bien de la adopción de medidas para evitar la comisión de delitos. Sostiene que aunque «*en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno*».

Esta solución dista mucho de haber sido pacíficamente aceptada en lo relativo al encuadramiento dogmático de los *compliance programs* y a las consecuencias procesales que se derivan de tal encuadramiento en orden a la carga de la prueba. La opinión mayoritaria que introduce la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 154/2016 interpreta que la ausencia de medidas de control y prevención de delitos constituye un elemento objetivo del tipo penal imputable a la persona jurídica que, como tal, debe ser probado por la acusación[95]. La minoritaria (encabezada por el voto particular formulado a la propia STS 154/2016) considera que la existencia de tales medidas de prevención delictiva

93. Hernández García, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal…», *op. cit.*, pp. 23 y 24.

94. SSTS 154/2016, de 29 de febrero, 221/2016, de 16 de marzo y 668/2017, de 11 de octubre. Sobre las dos primeras sentencias véase Gómez Jara, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 49 y ss. y 97 y ss, respectivamente.

95. *Vid.*, asimismo, auto del Juzgado Central de instrucción número 4, de 11 de mayo de 2017, que proyecta en fase de instrucción el contenido de esta doctrina jurisprudencial. Consúltese, al respecto, el comentario de Gómez Jara, C., «Compliance y delito corporativo…», *op. cit.*, pp. 9-13.

constituye una circunstancia eximente de responsabilidad criminal que en cuanto tal deberá ser alegada y probada por la defensa[96]; entender que es también función de la acusación probar los extremos referidos a la inexistencia de instrumentos adecuados de prevención del delito es erróneo por apartarse de las reglas generales de la carga de la prueba[97], además de entrañar dificultades prácticas[98] y una cierta *probatio diabólica* dada la dificultad de probar un hecho negativo[99] debiendo corresponder a la defensa la prueba de estos extremos mediante la presentación del correspondiente programa de cumplimiento, certificado por empresas externas, u organismos públicos, etc[100].

Para conjugar tales planteamientos contradictorios NEIRA PENA[101] propone atender a los distintos regímenes de imputación que prevé el Código Penal para cuando delinquen los dirigentes de la entidad o los subalternos[102]. Cuando delinquen los subalternos, un delito puntualmente cometido por un empleado no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo de organización, correspondiendo a la acusación probar específicamente el incumplimiento de los deberes de supervisión y control lo cual podrá ser acreditado

---

96. Todavía hay una tercera solución la de la Fiscalía General del Estado que en su Circular 1/2016 sostiene que los modelos de organización que cumplan los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y la carga de la prueba sobre su existencia y efectividad recae sobre la densa (y no corresponde a la acusación probar sus deficiencias.

97. Indica GÓMEZ TOMILLO que no es posible aceptar que haya vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por el hecho de trasladar a la persona jurídica acusada la carga de la prueba de elementos que sirven para excluir su responsabilidad, permaneciendo en manos de la acusación la carga de acreditar la comisión misma del delito y su conexión con la empresa. Debería corresponde a la defensa la prueba de estos extremos mediante la presentación del correspondiente programa de cumplimiento, certificado por empresas externas, u organismos públicos, etc. («La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario La Ley*, número 8747, 22 de abril de 2016).

98. Dado que es la empresa la que tiene en su mano la información precisa para acreditarlo: el compliance program, la información sobre a quién se nombró oficial de cumplimiento, la existencia de actualizaciones de dicho programa, quién era el encargado de llevar a cabo una determinada tarea, por qué razones se le nombró, con qué criterios, etc., etc. Resulta artificial trasladar a la acusación la carga de probar lo que se encuentra fácilmente a disposición de la persona jurídica.

99. No se trata de probar por parte de la empresa que no existió en el caso concreto un defecto organizativo —la carga de la prueba de la existencia de defecto de organización correspondería a la acusación— sino de probar que antes de la comisión del delito se había adoptado y ejecutado eficazmente un programa de prevención de riesgos jurídico-penales. Concretamente, la persona jurídica imputada podría tratar de exonerarse de responsabilidad penal demostrando la eficacia jurídico-económica de su modelo de organización y gestión de riesgos jurídico-penales frente al delito cometido (SERRANO ZARAGOZA, O., «Compliance y prueba de la responsabilidad penal…», *op. cit.*).

100. Sobre los medios probatorios idóneos para introducir los compliance en el proceso, carga de la prueba y reglas de valoración en relación con la existencia de un programa de cumplimiento eficaz *vid.* NEIRA PENA, A. M. «La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (Dir), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 283-290.

101. NEIRA PENA, A. M., «La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 286-290.

102. Solución que apoya en una regla procesal probatoria básica: la prueba de indicios, considerando que que la comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y, sobre esta base, cabe exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que elimine. Ahora bien, cabe matizar que la fuerza incriminatoria frente a la entidad es diversa según que el autor del delito sea un dirigente o un subalterno.

probando la inexistencia o inefectividad del programa de cumplimiento. Esto es así porque el CP exige como elemento constitutivo de la responsabilidad ese elemento. En cambio, cuando delinquen los dirigentes, la posibilidad de inferir la ineficacia del programa de cumplimiento de su implicación en el delito es superior, dada la mayor fuerza incriminatoria que para la persona jurídica tiene la implicación de sus actos cargos en la actuación delictiva. Por eso en este caso lo correcto sería que se introdujera una presunción legal que estableciera la infectividad de las medidas de prevención para el caso de que los encargados de la dirección y control del ente hayan delinquido, de carácter *iuris tantum* permitiendo a la entidad desvirtuar tal presunción. Se trata de una solución más correcta, más práctica y que encuentra referentes en modelos comparados, como por ejemplo el italiano.

No parece, sin embargo, que nuestros tribunales hayan efectuado tales precisiones en este punto, siendo muy significativas las siguientes palabras que se recogen en la STS 221/2016: «*en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad*».

En definitiva, corresponde a la acusación acreditar la concurrencia grave de los deberes de supervisión, mientras que es derecho de la defensa probar que sí ha llevado a cabo el «debido control» a través de la certificación de los programas de cumplimiento[103], algo por lo demás en cierto modo facilitado con la norma UNE 19601, publicada el 18 de mayo de 2017, a partir de la cual tales Programas pasan a ser certificables.

103. *Vid.* sobre este punto Neira Pena, A. M., «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Política Criminal*, volumen 11, número 22, 2016, art. 5, pp. 467-520, disponible *on line* en www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf.

El derecho fundamental de defensa y la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de la jurisprudencia

Walter Reifarth Muñoz
Doctorando en Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

1. Introducción

Entre las múltiples reformas operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, una de las más importantes y que más ha despertado el interés de la doctrina es sin duda la que —a través de los arts. 31 bis, 33.7, 66 bis y 130.2 CP— introduce por primera vez en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La tendencia internacional de legislar sobre esta peculiar política criminal, con Estados Unidos en la punta de lanza, ha presionado a países por tradición hostiles a introducirla, como España. La inclinación hacia la quiebra del viejo brocardo *societas delinquere non potest* no parece responder, empero, a una arremetida de las circunstancias o a los antojos del legislador de turno: ya el Comité de Ministros de la Unión Europea, en su reunión de 28 de octubre de 1988, recomendó a los Estados miembros modificar sus legislaciones a los efectos de introducir este régimen en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

De este modo, se ha introducido en nuestra legislación un «cuerpo extraño» que obliga a reformular la dogmática penal y que tiene no pocas consecuencias sobre los justiciables, ahora también entes societarios. Con ello se pretende colmar algunas lagunas de punibilidad en relación con ciertos delitos —de un *numerus clausus*, por cierto, bastante enteco— y combatir así las prácticas delictivas en un mundo cada vez más complejo.

El estudio de todos los detalles que pudieran derivarse de esta reforma legislativa escapa con mucho de las ambiciones perseguidas por quien lo suscribe.

Todo lo más, pretendemos poner de relieve algunos de los numerosos interrogantes relativos al nuevo régimen de responsabilidad y al derecho de defensa a los que la jurisprudencia, aún escasa, ha querido dar respuesta.

2. ¡Abajo con el axioma *societas delinquere non potest*!: La actual regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

Resulta necesario, en primer término, elaborar un brevísimo marco conceptual que nos permita entender la dirección seguida por la nueva reforma criminal y el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas para pasar a preguntarnos, más adelante, por el encaje que ello pueda tener respecto del derecho de defensa de aquellas.

2.1. Sujetos responsables y sujetos excluidos

El art. 31 bis CP se limita a hablar, en general, de «personas jurídicas», por lo que se trata de una norma penal en blanco que habrá de completarse con la respectiva legislación extrapenal[104]. Como es sabido, todas las asociaciones, fundaciones y sociedades mercantiles válidamente constituidas e inscritas en los correspondientes registros adquieren una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros personas físicas. Se deben excluir, así, ciertas agrupaciones de personas: comunidades de bienes, comunidades de propietarios y asociaciones irregulares a las que no se les ha reconocido personalidad jurídica y que, por tanto, no pueden ser sujetos activos de un delito.

Además, el art. 31 quinquies CP excluye del concepto de persona jurídica —a los efectos de la atribución de responsabilidad penal— al Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, las organización internacionales de Derecho público y todas aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas[105]. No obstante, el apartado 2 del referido ar-

---

104. El art. 35 CC incluye, dentro de la categoría de las personas jurídicas, a «[l]*as corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley»,* cuya personalidad comienza desde el momento de su válida constitución, así como a «*[l]as asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*».

105. En una primera versión de la norma, se excluía también la responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos. Pese a su naturaleza cuasi-pública y su incontestable función constitucional, se consideró que debía prevalecer la tutela de los intereses públicos relevantes. De hecho, en el ámbito sancionador puede ordenarse incluso su disolución. Al tratarse, por tanto, de una previsión discriminatoria frente a otros entes societarios, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, eliminó esta

tículo señala que esta exención no será de aplicación cuando el órgano judicial compruebe que la sociedad mercantil pública ha sido creada con la finalidad de eludir una eventual responsabilidad penal.

Pueden surgir legítimas dudas respecto de la inclusión o no de diversas entidades, cuales son las Cámaras de comercio o los Colegios profesionales. Y es que el tenor del art. 31 bis CP no deja claro si estos entes podrían ser penalmente responsables, dado que su creación obedece a intereses marcadamente públicos —hasta el punto de que el Estado los crea para la consecución de determinados fines sociales (art. 36 CE)— y una condena contra ellos podría afectar indebidamente a los intereses generales.

2.2. Ámbito de aplicación y acreditación del hecho punible

La aplicación del nuevo sistema de responsabilidad penal definido por el art. 31 bis CP se refiere exclusivamente a «*los supuestos previstos en este Código*», limitando el catálogo de los delitos imputables jurídicamente a estos entes colectivos[106].

Tanto en el supuesto de que el hecho delictivo se cometa por los representantes legales de la entidad como por sus subalternos, es necesario que la conducta sea en beneficio —directo o indirecto— de la persona jurídica y en su nombre. Quedan excluidos, por tanto, los supuestos en que, habiendo actuado en el seno del ente colectivo, este no resulta beneficiado.

Sea como fuere, el art. 31 ter CP establece que la persona jurídica será responsable aunque no se haya podido concretar el sujeto o los sujetos que ejecuta-

---

exclusión de los partidos políticos y sindicatos. En todo caso, la categoría de personas jurídicas que «ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas» podría entenderse como una vía indirecta para excluir nuevamente la responsabilidad penal de partidos y sindicatos. En mi opinión, ello supondría violentar el tenor literal del precepto, pero la jurisprudencia tendrá que pronunciarse al respecto en el futuro.

106. La doctrina ha señalado los siguientes delitos: prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil (art. 189 bis CP), descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 quinquies), daños informáticos y denegación de servicio (art. 264 quater), delitos contra la propiedad intelectual e industrial (art. 288), falsificación de tarjetas y cheques de viaje (art. 399 bis), incitación al odio contra el diferente (art. 510 bis), estafa (art. 251 bis), frustración de la ejecución (art. 258 ter), insolvencias punibles (art. 261 bis), blanqueo de capitales (art. 302.2), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), falsificación de moneda (art. 386.5), cohecho (art. 427 bis), tráfico de influencias (art. 430.2), financiación del terrorismo (art. 576.5), contrabando (art. 3.6 de la LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5), delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4) y contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328), riesgos catastróficos (art. 343.3) y riesgos causados por explosivos y otros agentes (art. 348.3), daños en la salud pública (art 366), tráfico ilegal de órganos (art. 156.3 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis 7), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5) y tráfico de drogas (art. 369 bis 3). *Cfr.* Velasco Núñez, E. y Saura Alberdi, B., *Cuestiones prácticas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 17-19.

ron materialmente el hecho delictivo si este ha sido suficientemente acreditado, pues su responsabilidad deriva del incumplimiento de la debida diligencia en la implementación de un programa de cumplimiento legal efectivo.

2.3. El programa de *compliance*: la columna vertebral de la reforma

Estos códigos de detección y prevención de conductas penalmente censurables tienen como objetivo principal asegurar el debido control *ad intra* de la persona jurídica, de forma que no cabe atribuir responsabilidad penal al ente si se han adoptado todas las medidas razonablemente exigibles.

El art. 31 bis 2 CP señala que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal cuando su órgano de administración haya adoptado y ejecutado, con eficacia y anterioridad al acto ilícito, un programa de cumplimiento legal en los términos que se expondrán a continuación. Además, el apartado d) del art. 31 quater CP recoge como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de estos entes el hecho de que se haya establecido, antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, o dicho de otro modo, un programa de cumplimiento adecuado.

Si uno de los pilares del modelo de la responsabilidad penal de la persona jurídica es, justamente, el programa de *compliance*, se hace necesario abordar —siquiera sucintamente— el contenido que deben tener estos, los elementos que lo modulan y, en su caso, los parámetros sobre los que valorar su eficacia.

No existe un único modelo de programa, aplicable a la generalidad de las personas jurídicas. Sus características y requisitos dependerán, en buena medida, del tamaño de la empresa[107], de su objeto social y de la reincidencia de las conductas delictivas en su seno[108]. Así, el modelo de prevención, como eje de atribución de la responsabilidad penal, deberá tener un contenido acorde a las dimensiones de la organización («*atendidas las circunstancias del caso*»).

La idea que debe nutrir los programas de cumplimiento es la del debido control, esto es, la actitud activa de la persona jurídica en orden a la prevención y

---

107. Cuanto mayor sea el tamaño de la empresa —especialmente en lo que al número de trabajadores se refiere—, mayor será el riesgo de incurrir en un ilícito penal. Además, la conclusión 18.º de la Circular 1/2016 de la FGE señala que «*las personas jurídicas de pequeñas dimensiones podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5* [del art. 31 bis CP], *en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde un punto de vista contable, civil y mercantil*».

108. El sector donde opere la persona jurídica y el historial de reincidencia delictiva también será de capital importancia en el modelo de prevención. *Cfr.* Ayala de la Torre, J. M., *Compliance*, Francis Lebfevre, Madrid, 2016, p. 25.

detección de los actos penalmente reprobables que puedan cometer sus empleados, representantes o administradores. No obstante, la LO 1/2015, de 30 de marzo sustituyó esta expresión por la que actualmente se recoge en el art. 31 bis 1 b) CP: «[L]*a sustitución del "debido control" por "los deberes de supervisión, vigilancia y control", si no amplía, al menos sí precisa mejor el contenido del deber, viniendo los términos "supervisión" y "vigilancia" a enfatizar que ese control o fiscalización es externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de otros y a definir también más adecuadamente los deberes de* (…) *el oficial de cumplimiento*»[109].

Y, en palabras del TS en Sentencia 221/2016, de 16 de marzo (FJ 5.º): «[L]*a reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (…)*, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*».

Tal control se conseguirá cuando: a) la sociedad consiga establecer reglas, procedimientos y prácticas para prevenir y detectar la comisión de delitos en su interior; b) nombre a un jefe (*chief compliance officer*) o comité del programa de cumplimiento para asegurar la vigencia y eficacia del mismo; c) establezca procedimientos y modelos de gestión de los recursos financieros para la mejor comunicación de las normas, así como para fiscalizar y auditar su cumplimiento; d) discipline el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica de la adopción de acuerdos; y e) responda eficazmente, a través de sanciones o incentivos, a los empleados que incumplan o respeten, respectivamente, las normas establecidas[110].

Todo ello debe perseguir la llamada cultura de *compliance*, cultura ética empresarial o cultura de cumplimiento corporativo desde la alta dirección o *tone from the top*. Ese es, realmente, el propósito del programa y lo que el juez deberá tomar en cuenta al valorar su eficacia. En palabras de la FGE, en la Circular 1/2016: «*En puridad, los modelos de organización y gestión o corporate compliance programs no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión*»[111].

---

109. *Cfr.* Circular 1/2016 de la FGE, pp. 22-23.

110. Para una mayor profundización sobre este tema, véase, entre otros, Puyol, J., *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, esp. pp. 27-38.

111. Por su parte, el TS recogió esta idea en su STS de 16 de marzo de 2016 (FJ 5.º): «*La determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal* (…) *ha de establecerse a partir del*

2.4. ¿Un nuevo modelo de responsabilidad?

Negar capacidad de acción a las personas jurídicas se fundaba en una realidad incontestable: son entes ficticios, sin posibilidad de articular movimientos corporales ni de tener una intencionalidad delictiva. No obstante, si se acepta que las sociedades pueden realizar negocios civiles válidos —tales como la firma de un contrato o la concurrencia a ciertos concursos—, también se podrá reconocer la misma capacidad cuando sus actos impliquen consecuencias penales. Pero, además, la persona jurídica tiene una capacidad de organización mediante la que puede disciplinar las acciones y los contactos sociales de las personas físicas que la integran[112].

La construcción del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas parte de dos modelos: el modelo de atribución o sistema vicarial, y el modelo de responsabilidad penal directa, por hecho propio, defecto de organización o de autorresponsabilidad[113].

El primero de ellos parte de una previa actuación delictiva de la persona física si se evidencia un hecho de conexión censurable penalmente. El segundo modelo parte de la construcción de nuevas categorías dogmáticas —la acción, la culpabilidad y las circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad, entre otras— para sustentar la ficción jurídica de que es el propio ente societario quien delinque. Esta construcción autónoma de responsabilidad tiene como núcleo esencial la llamada «cultura del cumplimiento», que parte del deber del debido control que pesa sobre la propia persona jurídica.

Siendo así las cosas, el modelo por el que parece haber optado el legislador español tiende hacia la autorresponsabilidad de las personas jurídicas. No es, desde luego, la opinión de la FGE, quien considera que los planes de cumplimiento legal o de *compliance* son el presupuesto, pero no el fundamento del sistema de atribución de responsabilidad[114].

---

análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos».

112. Gómez-Jara Díez, C., «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Banacloche Palao, J., Zarzalejos Nieto, J. y Gómez-Jara Díez, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, p. 40.

113. Juanes Peces, A. (Dir.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 8-9.

114. La Circular 1/2011 de la FGE es tajante al respecto: «*En los dos párrafos del apartado 1 del art. 31 bis del Código penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial*» (Conclusión tercera) y que «*Los programas de autorregulación corporativa, "compliance guide" o "corporate defense" podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el control debido de la actividad*

Sea como fuere, y sin entrar en disquisiciones teóricas que la buscada brevedad del trabajo impediría, las personas jurídicas deberán enfrentarse al proceso penal cuando no hayan implantado o no sean efectivos los programas de vigilancia y control y se haya cometido en su seno algún hecho penalmente reprobable. La cuestión que interesa aquí es, pues, cómo deberá afrontar el ente colectivo su imputación y qué problemas pueden derivar de su peculiar naturaleza.

3. Representación y asistencia letrada de las personas jurídicas: nuestro Tribunal Supremo en la encrucijada

Como es bien conocido, el ejercicio del amplio catálogo de derechos instrumentales que integran el contenido del derecho de defensa se debe articular a través de la autodefensa o de la asistencia letrada. En el primer caso, la intervención de la persona jurídica en el proceso deberá hacerse *prima facie* a través de un representante por ella designado; en el segundo, a través del abogado llamado a enfrentar la acusación.

Que las personas jurídicas son titulares de un modulado derecho de defensa puede resultar, hoy día, una obviedad. Lo que interesa aquí es dar cuenta de las peculiaridades y, sobre todo, las dificultades a que se pueden enfrentar en el curso de un concreto proceso penal.

3.1. Punto de partida: viejas garantías para el nuevo reto

Nuestro Alto Tribunal ardía en ganas de tratar, desde la función nomofiláctica de la casación, el asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Prueba de ello es que, en la STS 514/2015, de 2 de septiembre, a pesar de que la resolución impugnada no abordaba con suficiente profundidad el tema, los recurrentes guardaron silencio al respecto y el hecho de referencia era irrelevante, la Sala advierte que: «*[Y]a se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece*

---

empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el art. 31 bis del Código Penal» (Conclusión cuarta). La Circular 1/2016 de la FGE se muestra un poco más moderada, pero sigue la misma estela que la anterior, si bien afirmando que «[d]*ebe finalmente quedar claro que no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que sea la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su responsabilidad, el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad objetiva de la empresa, que vulnera el art. 5 del Código Penal pues "parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal"*».

evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal»[115].

Las consecuencias de una afirmación en tal sentido —recogida después en las SSTS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 8.º) y 221/2016, de 16 de marzo (FJ 5.º)— no son menores: se trata de un reconocimiento jurisprudencial expreso de que las garantías y los derechos reconocidos a las personas físicas, con las debidas modulaciones, permanecen incólumes y no atenuados cuando el sometido al proceso es un ente societario[116]. Se sientan así las bases que habrán de tomadas en cuenta por todos los operadores jurídicos al enfrentar la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De este modo, y entendiendo que el Derecho penal solo puede actuar a través de un proceso con todas las garantías que legitime la sanción penal, deberá reconocerse el derecho de defensa —en todas sus manifestaciones, tales como la asistencia letrada, la presunción de inocencia o el derecho a guardar silencio— desde el mismo momento en que el procedimiento se dirija contra la persona jurídica.

A ello se refiere expresamente la STS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 8.º), donde se dice que: «*[Los] derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta*».

La STS 221/2016, de 16 de marzo, recoge esta idea y la completa cuando afirma que «*el conjunto de los derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva* (…)*, no puede ser distinto del que ostenta la persona física*»[117], con independencia del modelo de responsabilidad que en cada caso se adopte a fin de llegar a la convicción judicial de culpabilidad. El nuevo «desafío probatorio» no solo consiste en probar la conducta delictiva realizada por la persona física, sino también el defecto estructural

115. *Cfr.* STS 514/2015, de 2 de septiembre (FJ 3.º). La cursiva es nuestra.

116. Del mismo modo, el extracto también se recoge, con error de cita, en la Conclusión segunda de la Circular 1/2016.

117. *Cfr.* FJ 5.º.

en el programa de *compliance*, que no ha sido efectivo respecto de la detección o prevención de los hechos enjuiciados.

Los problemas, no obstante, no parecen ir encaminados tanto a la titularidad por las personas jurídicas de las facultades que comprende el genérico derecho de defensa, sino a las eventuales dificultades de su ejercicio en el marco de un concreto proceso penal. En efecto, la insoslayable *fictio iuris* que supone el ente societario exige que sea una persona física la que la represente o defienda en el proceso penal dirigido contra aquella. El problema surge, como veremos en las próximas páginas, cuando existen conflictos de intereses entre el representante y la persona jurídica investigada, o entre el letrado de esta y la persona física sometida al proceso.

3.2. El representante especialmente designado

Como ya se ha dicho, la propia naturaleza de los entes colectivos exige, en principio, el nombramiento de un representante persona física —que la ley denomina *representante especialmente designado*— a fin de que aquellos puedan participar en las actuaciones procesales que en su caso les afecten. La concurrencia al proceso de dos personas distintas, representante y representada, no siempre resultará pacífica. Veamos por qué.

3.2.1. Regulación legal

El art. 786 bis 1 LECrim establece que «*[c]uando el acusado sea una persona jurídica, esta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe*», limitándose a prohibir a estos efectos la designación de una persona física que tenga la condición de testigo en el mismo proceso[118]. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que el representante guarde silencio, no declare en contra de su representada ni la confiese culpable, o de su derecho a la última palabra.

A diferencia de lo que ocurre con las personas físicas —a las que, como es sabido, es posible juzgar en ausencia en los supuestos previstos en el art. 786 LECrim—, la falta de designación de un representante por parte de la persona jurídica se entenderá como la negativa a declarar de esta última[119].

---

118. La expresión «podrá» nos lleva a pensar que la designación de un representante para la autodefensa es una facultad, y no una obligación, como es la defensa técnica.

119. Como indica Cuéllar-González, la solución prevista por el ordenamiento para dar respuesta a esta falta de designación resulta desacertada, ya que «*otorga a las personas jurídicas el derecho a desligarse personalmente de las actuaciones procesales más importantes, como son la declaración en la fase de instrucción y el propio juicio oral*». Si

Cuando haya de imputarse a la persona jurídica, el art. 119 LECrim prevé con ella la comparecencia prevista en el artículo 775, con una serie de peculiaridades:

a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado.
b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el abogado de la entidad[120].
c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al abogado, de los hechos que se imputan a esta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querella presentada.
d) La designación del procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que la LECrim asigna carácter personal. Si el procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.

Por su parte, el art. 120 LECrim señala que las normas que requieran o autoricen la presencia del investigado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se deberán entender referidas al representante especialmente designado por la persona jurídica en cuestión —que podrá asistir acompañado del letrado de esta—, con la advertencia de que, de no hacerlo, no se impedirá la práctica del acto de investigación o de prueba anticipada, sino que se sustanciará con el abogado defensor. De igual modo, nada dice el legislador sobre la sustitución del representante especialmente designado, por lo que cabrá hacerlo en cualquier momento procesal, sin que ello implique, eso sí, que se retrotraigan las actuaciones ya practicadas[121].

---

la razón de ser de la reforma no es otra que la implementación de medidas eficacias para reducir o eliminar la criminalidad dentro del ente societario, no parece consistente la apuesta por permitir el desinterés de sus órganos directivos por el devenir del proceso penal. *Cfr.* CUÉLLAR-GONZÁLEZ, N., «Representación y defensa de la persona jurídica», en JUANES PECES, A. (Dir.), *op. cit.*, p. 283.

120. A estos efectos, el art. 409 bis LECrim dispone que «[l]a *declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización*».

121. El mandante podrá revocar el contrato de mandato que le une a su representante y nombrar a otro diferente, y deberá hacerlo, obviamente, en los casos de enfermedad, desaparición o muerte del representante. *Cfr.* GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 110.

Para la prestación de conformidad de la persona jurídica se exigirá que el representante cuente con un poder especial, de conformidad con el art. 787.8 LECrim[122]. Dicha conformidad podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás encausados, de forma que su contenido en ningún caso podrá ser tomado en consideración por el órgano judicial para el enjuiciamiento de estos últimos. De este diferenciado régimen procesal en el ámbito de la conformidad dimana una relación de potencial conflicto entre el representante acusado y la propia persona jurídica investigada que lo designa.

3.2.2. De cómo frenar al representante aprovechado

Si nuestra LECrim únicamente prohíbe la designación como representante de aquel que haya de comparecer en el acto del juicio en calidad de testigo, el eventual conflicto de intereses cuando la entidad está representada a lo largo del proceso por una persona física sujeto ella misma de acusación podría acarrear una importante lesión del derecho de defensa que asiste a la persona jurídica.

El representante-investigado tendrá la tendencia de seguir una estrategia de defensa en su exclusivo interés y no en el de su representada o, como advierte el TS: «*[D]ejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación*».

En definitiva, se trata de prácticas dirigidas a «*camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas* (…), *bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquélla*»[123]. Sin embargo, la libertad que el

---

122. Disposición introducida por la por el apartado nueve del artículo primero de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

123. *Cfr.* STS 221/2016, de 16 de marzo (FJ 5.º). En el mismo sentido, el Alto Tribunal tiene dicho, en Sentencia 154/2016, de 29 de febrero (FJ 8.º) que «*cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y*

legislador ha otorgado a la persona jurídica para la designación de quien haya de representarla en juicio obliga a afrontar, en cada caso concreto y sin incurrir en automatismos, los problemas que pueden derivarse de esta identidad y, solo cuando se observen conductas procesales de la persona física en injustificado detrimento de la estrategia del ente societario, se podrá considerar conculcado el derecho de defensa de este.

La solución de *lege ferenda* que plantea el TS en estos casos es que, de apreciarse esta limitación injustificada del derecho de defensa, se podrá ordenar «*la repetición, cuando menos, del juicio oral*», a fin de que la persona jurídica pueda estar representada por alguien con quien no presente un conflicto de intereses en el proceso y designado por sus órganos de representación. No obstante, y por motivos evidentes, no corresponde al TS regular con carácter general esta cuestión, sino limitarse a ofrecer al legislador diversas opciones para regular cuanto antes estas deficiencias y compeler a los jueces instructores a evitar en la medida de lo posible esta práctica lesiva del derecho de defensa[124].

Por último, el TS obliga a todos los órganos judiciales a evitar, en la medida de lo posible, «*que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica*»[125].

3.3. La defensa técnica: el caso del abogado indiscreto

El derecho de defensa de los entes colectivos también comprende, naturalmente, la asistencia letrada en la práctica de las diferentes actuaciones procesales. Como se ha dicho *supra*, el art. 119.a LECrim dispone que la persona

---

los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante».

124. *Cfr.* STS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 8.º) y que, por su interés y recurso al Derecho comparado, merece la pena extractar aquí: «*Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de "defensor judicial" de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al "director del sistema de control interno de la entidad" (el denominado también como "oficial de cumplimiento"), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala*».

125. *Ibid*.

jurídica deberá designar abogado y procurador y, en el supuesto de no hacerlo, se procederá a su designación de oficio a fin de evitar que la acusada condicione los plazos fijados por el órgano instructor.

El letrado deberá ser informado de los derechos que asisten a la persona jurídica y de los hechos por los que se la investiga, pero en ningún caso se podrá solicitar de él la prestación de declaración, pues ello resultaría incompatible con «*el secreto profesional y con la independencia del letrado respecto a su cliente en la prestación de la asistencia letrada*»[126].

El legislador español, seguramente desbordado por la novedad que supone la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, ha descuidado por completo la regulación de otro potencial conflicto de intereses defensivos, aún más evidente que el analizado en las páginas previas: la coincidencia en la misma persona del abogado de una persona física contra la que se dirige el proceso y del de la persona jurídica investigada en él.

Sobre esta carencia ha tenido que pronunciarse el TS, una vez más, en Sentencia 154/2016, de 29 de febrero: «*El motivo en esta ocasión ha de desestimarse con mayor claridad incluso que en el Recurso que precede pues, aún cuando pudieran resultar de aplicación los mismos argumentos ya expuestos en relación con la inicial posibilidad de indefensión que supondría el que la representación en juicio de la persona jurídica la hubiera ostentado una persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario, a lo que se añadiría igualmente* (…) *la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y la jurídica por el mismo Abogado, de acuerdo con lo consignado en los Antecedentes de la recurrida, lo cierto es que ahora nos hallamos, efectivamente y según el relato de hechos de la recurrida, ante una persona jurídica estrictamente instrumental o «pantalla» , carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos*».

La incompatibilidad a que nos venimos refiriendo se debe extender, siguiendo a Gómez-Jara Díez, a los casos de ejercicio colectivo o colaborativo de la abogacía[127].

---

126. *Cfr.* Cuéllar-González, N., «Representación y defensa…, *op. cit.*, p. 282. A mayor abundamiento, el art. 416.2 LECrim dispensa de la obligación de declarar «*al abogado del procesado respecto a los hechos que este le hubiese confiado en su calidad de defensor*». Cuestión distinta y más polémica consiste en determinar qué clase de abogados —internos o externos a la empresa— son los amparados por el secreto profesional; cuestión sobre la que tendrá que pronunciarse la jurisprudencia en el futuro. Sobre este extremo, *vid.* Gimeno Beviá, J., *El proceso…, op. cit.*, pp. 145 y ss.

127. Gómez-Jara Díez, C., «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *Diario La Ley*, número 8724, 17 de marzo de 2016.

Prohibición que, aunque fundada en supuestos deontológicos y no recogidos en la actual normativa al respecto, parece de lo más acertada[128].

4. Conclusiones

El gran cambio legislativo que supone la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español es el inicio de un camino de largo recorrido contra la criminalidad llevada a cabo por los entes colectivos. Sin desdeñar la apuesta por invertir en mecanismos forenses de investigación más eficaces, la implementación de programas de *compliance*, aún huérfano de unas directrices precisas sobre su contenido y amoldables a cada tipo de empresa, podría erigirse en un instrumento útil para combatir la impunidad de la corrupción y otras figuras delictivas, especialmente en el contexto de unas estructuras organizativas cada vez más complejas y ante una realidad económico-financiera globalizada.

Si no se llegasen a implantar los debidos mecanismos de vigilancia y control, o la aplicación de estos fallan, la persona jurídica deberá enfrentarse al proceso penal. Eso sí: con todas las garantías que dan sentido a su concreto derecho de defensa, y muy particularmente, la asistencia de abogado y procurador y, en su caso, a través del representante especialmente designado por ella. Cuando este último sea también acusado como posible responsable del hecho delictivo enjuiciado, el ente colectivo deberá sustituirlo o el órgano judicial ordenar la repetición del juicio oral, siempre que se acredite que el representante ha llevado a cabo una estrategia de defensa en su exclusivo interés y en detrimento del de la persona jurídica investigada.

Negar la interpretación seguida por el TS en su reciente jurisprudencia respecto del derecho de defensa —cuestión ni siquiera rebatida por los votos particulares— no supondría la regulación de una novedosa responsabilidad criminal disciplinada por las específicas garantías del proceso penal y no excluyente de la de las personas físicas, sino arbitrar un inaceptable sistema que pudiera aportar ventaja procesal al autor material del delito.

Habrá que esperar a nuevas reformas y a un mayor número de resoluciones judiciales que den forma y completen las lagunas y debilidades del modelo. Quizá entonces, y ojalá sea así, las críticas que plantea la doctrina queden atrás

---

128. El apartado tercero del art. 4 del Código Deontológico de la Abogacía española señala que «[e]*n los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo*».

en el tiempo, y la llamada sociedad del riesgo sea un espacio donde la impunidad de las personas jurídicas no tenga cabida.

5. Bibliografía

Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A. L., *Derecho penal de las personas jurídicas,* Dykinson*,* Madrid, 2016.

Bacigalupo Saggese, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, número 7541, 5 de enero de 2011.

Banacloche Palao, J., Zarzalejos Nieto, J. y Gómez-Jara Díez, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales,* La Ley, Madrid, 2011.

De la Cuesta Arzamendi, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

García Arán, M., «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídica», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: propuestas y fundamentos,* Comares*,* Granada, 1999.

Gimeno Beviá, J., *El proceso penal de las personas jurídicas,* Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Gimeno Sendra, V., Morenilla Allard, P., Torres del Moral, A. y Díez Martínez, M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional,* Colex, Madrid, 2007.

Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el inicio de una larga andadura,* Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

—«La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, número 7534, 23 de diciembre de 2010.

—«El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *Diario La Ley*, número 8724, 17 de marzo de 2016.

González-Cuéllar Serrano, N. y Juanes Peces, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, número 7501, 3 de noviembre de 2010.

Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Juanes Peces, A. (Dir.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas,* Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. M. (Dirs.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto,* Bosch, Barcelona, 1996.

Morales Prats, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA. *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, *Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial,* número 155, Madrid, 2010.

Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Iustel, Madrid, 2008.

Ontiveros Alonso, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Sanz Mulas, N., «Criminalidad transnacional y responsabilidad penal de las personas jurídicas. La necesaria armonización en el marco de la UE», en Pérez Cepeda, A. I. (Dir.), *Políti-*

ca criminal ante el reto de la delincuencia transnacional, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016.

VELA MOURIZ, A., «Las claves de la primera condena penal del TS a personas jurídicas (STS 154/2016, de 26 de febrero)», *Diario La Ley*, número 8713, 2 de marzo de 2016.

—«Las claves de la nueva STS 221/2016, de 16 de marzo, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 11281, 2016.

VELASCO NÚÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance,* Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

La determinación de la competencia penal y del procedimiento penal adecuado en los procesos por delitos cometidos por personas jurídicas

Ana María Rodríguez Tirado
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

1. Introducción. La persona jurídica investigada/acusada

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, coherente con su origen decimonónico, encierra una configuración pensada en el imputado como persona física, con vigencia del entonces principio de *societas delinquere non potest*. La atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas[1] en la reforma del Código Penal (en adelante, CP) por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que adiciona el art. 31 bis[2], provoca un manifiesto desajuste entre la norma procesal y la norma penal. No obstante, ya venía existiendo la responsabilidad *encubierta*

1. Para QUINTERO OLIVARES, G., en su análisis sobre la reforma de marzo de 2015, aclara que «*no debió incorporarse al Derecho penal positivo la llamada culpabilidad por defeco de organización o responsabilidad por descontrol, que puede tener un sentido en el Derecho sancionador administrativo, pero no el Derecho penal, y, menos aún, en el derecho penal europeo continental*» (sic) («La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 81). Explica que los sistemas de compliance son propios de los ordenamientos anglosajones y no de los europeos.

2. Este precepto se ha modificado de nuevo, reorganizando su contenido, además cambios sustanciales en lo que concierne a la incorporación de la responsabilidad penal cuando se produzca un defecto de organización, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, como se verá *infra*. A juicio de QUINTERO OLIVARES, G., esta última reforma «*lo que debe quedar visible es que el objetivo no es otro que proteger a la empresa, y, por lo tanto, no se trata de que un sistema de organización y control sea imaginable y posible, sino de que el hecho de tenerlo es suficiente para excluir la declaración de la responsabilidad penal de una persona jurídica*» («*La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, *op. cit.*, p. 91). Según la Fiscalía General del Estado, «*el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto de refuerzo de la culpabilidad*» (Circular FGE 1/2016, , de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, en adelante, Circular FGE 1/2016), p. 10, www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones).

de las personas jurídicas[3] y entes sin personalidad por la vía del art. 129 CP, a los que el sistema procesal penal privaba del debido estatus de parte en el proceso penal (ni como responsable penal ni, cuando menos, como responsable civil) y de todas las garantías procesales que dicho estatus conlleva, aunque se les debía dar audiencia previa a imponer alguna consecuencia accesoria, según regulaba aquel precepto.

En este sentido, el Tribunal Supremo declara que «*(…) es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo*» (STS 221/2016, de 16 de marzo, fj 5). El Tribunal Supremo añade, con buen criterio a nuestro juicio, que la posición de la persona jurídica imputada en el proceso penal —entes colectivos como los denomina— no puede hacerse depender de cuál sea la interpretación que se efectúe dogmáticamente sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, en lo que concierne a su papel de parte en el proceso, ha de ser igual al de la persona física y, en lo que concierne a la presunción de inocencia, no puede interpretarse de diferente forma que con respecto a una persona física. Es decir y en palabras del propio Tribunal Supremo, el fiscal «*habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidado por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015*». La persona jurídica imputada no tiene la carga de probar que no se produjo dicho defecto, sino la parte acusadora, con independencia de que le asiste el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes. No tendría la consideración de un hecho impeditivo o extintivo, sino de un hecho constitutivo.

---

3. En torno a la persona jurídica existe una vasta literatura jurídica. Son muchos los autores que la han tratado y numerosas las teorías elaboradoras en torno a la misma. La naturaleza jurídica de las personas jurídicas no es fácil de delimitar, su complejidad ha sido puesta de relieve por la doctrina civil. No en vano son numerosas las teorías construidas al respecto. Así, se afirma que «*el problema sigue siendo el mismo que se planteó en el siglo XIX, esto es, como insertar los entes colectivos en un sistema jurídico inicialmente pensado, estructurado y organizado en torno al hombre. El asentamiento de estos "nuevos" sujetos en el Derecho provoca unos quebrantos, unas disfunciones que aún hoy en el siglo XXI perduran, y ello es lógico si percibimos las dificultades iniciales con las que tuvo que enfrentarse el engranaje de estas piezas*» (De Torres Perea, J. M., «El concepto de persona jurídica», en De Torres Perea, J. M., *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, TOL231047). Este autor destaca las principales teorías que han tratado de «*explicar la naturaleza jurídica de la persona jurídica*». En este sentido, alude a la teoría de la ficción (Savigny) y la teoría orgánica o antropomórfica (Gierke). No obstante, la doctrina ha querido justificar la persona jurídica al margen de su naturaleza jurídica. Así, surgen diversas teorías que se han denominado analíticas (trae a colocación las concepciones formalista, normativista, institucional, lógica y la concepción de persona jurídica como símbolo incompleto), que coinciden básicamente «*al considerar que la persona jurídica no es un ente con realidad natural o jurídica*» (ibídem).

Eso significa que la investigación no puede ser diferente cuando la investigada sea una persona jurídica, si bien con las especialidades que requiera la práctica de las diligencias de investigación acordes con su naturaleza. Irá encaminada a descubrir indicios de la comisión del delito corporativo imputable a la persona jurídica.

Cualquier pena impuesta a una persona jurídica sólo podrá ser acordada en sentencia firme de condena[4] (artículos 1.º, 794, 985 LECrim y 3.º CP) en un proceso penal rodeado de todas las garantías constitucionales y procesales exigidas por nuestro ordenamiento jurídico[5].

Las penas a imponer a una persona jurídica se establecen en el artículo 33.7 CP que, en cualquier caso, tienen la consideración de graves. Algunas de ellas coinciden con las que se previeron en la redacción anterior del artículo 129 CP, modificado por la LO 5/2010, como son las de suspensión de actividades, clausura de locales y de establecimientos, prohibición de realizar actividades futuras o intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores, aunque el legislador considera como principal la pena de multa, que puede ir acompañada de alguna o algunas de las demás previstas en el art. 33.7.

Hasta 2011, no se reforma puntualmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incorporar algunas especialidades que afectan a la consideración de parte imputada/acusada a una persona jurídica. Así, la adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ha producido de forma retardada[6], con algo más de un año de retraso con respecto a la aprobación del art. 31 bis[7], versión de 2010, con algunos cambios muy puntuales como es la determinación de la competencia (art. 14 bis), el ejercicio del derecho de defensa por la persona jurídica (art. 119

---

4. La presunción de inocencia rige a lo largo del proceso, por lo que sólo podrá ser desvirtuada en sentencia firme de condena (siempre que exista suficiente prueba de cargo).

5. «*La fijación previa de reglas de juego también alcanza al instrumento de tutela, al proceso penal. Y ello debe de medirse en función de los fines que se persiguen. Tradicionalmente se viene asignando al proceso penal el ejercicio del ius puniendi del Estado. Tal concepción exclusivamente represiva no concuerda con el actual diseño constitucional. No se trata ya de imponer o no una pena a alguien cuyo punto de partida es presuponer su condición de delincuente. Por el contrario, se trata de enjuiciar la conducta de un ciudadano que, mientras no se demuestre lo contrario, es inocente del delito de que se le acusa. El proceso penal aparece así como el mecanismo más drástico para la tutela de la convivencia en libertad en las diversas esferas de la vida*» (Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento criminal (séptima lectura constitucional)*, *op. cit.*, pp. 1 y 2).

6. A través del art. 1 de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, se introducen dichos preceptos en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, en su Exposición de Motivos, el legislador reconoce la introducción de «*ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía*».

7. Y algo más de diez meses después de su entrada en vigor.

y 120), declaración de la persona jurídica investigada (art. 409 bis), la celebración de una comparecencia previa a la adopción de medidas cautelares contra la persona jurídica investigada (art. 544 quáter), práctica de una diligencia de entrada y registro de centro de dirección de la persona jurídica investigada (art. 554.4.º), efectos de la intervención en el juicio oral (arts. 746 y 786 bis), la conformidad (art. 787) y la declaración de rebeldía y sus efectos (art. 839 bis).

El derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 CE[8], se reconoce genéricamente a *todas las personas*, españolas o extranjeras, físicas o jurídicas. La doctrina del Tribunal Constitucional[9] ha reconocido sin género de dudas este derecho fundamental a las personas jurídicas[10].

Las personas jurídicas son titulares de derechos, pueden contraer obligaciones y ejercitar acciones y obligaciones (artículo 38 CC). Gozan de personalidad jurídica, que les supone un ente distinto de las distintas voluntades que lo integran. Por su parte, la Constitución de 1978 reconoce el derecho a la libertad de empresa y el derecho de asociación (este derecho ha sido interpretado con mayor o menor restricción), cualesquier sanción penal supondrá limitaciones o restricciones a aquellos derechos.

El objetivo de este trabajo es adentrarse en la determinación de la persona jurídica investigada y la determinación del procedimiento aplicable. Se hará mención especial a la situación de los entes sin personalidad jurídica que puedan sufrir alguna consecuencia accesoria del art. 129 CP.

---

8. La acción es un *derecho subjetivo público*, esto es, se trata de un poder de toda persona o grupo de personas de obligar al órgano jurisdiccional a una decisión sobre una petición concreta a través del proceso. El derecho a la administración de justicia que tiene todo ciudadano forma parte del *status civitatis*, en atención a la distinción tradicional de los derechos subjetivos. *Vid.* JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subjettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, p. 154. El *status positivus civitatis* supone que cualquier ciudadano queda facultado para dirigir pretensiones al Estado, así como exigirle la satisfacción de aquéllas cuando proceda.
Ello supone que, cuando le es reconocida capacidad jurídica al ciudadano, se le otorgan pretensiones jurídicas positivas cuya contrapartida viene constituida por pretensiones del Estado en favor del individuo.

9. Esta línea doctrinal se mantiene desde la STC 19/1983, de 14 de marzo, en la que se proclama que «*la expresión "todas las personas" hay que interpretarla en relación con el ámbito de derecho de que se trata, es decir, con la "tutela efectiva de los Jueces y Tribunales" que comprende lógicamente, en principio, a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso* (…)» (f.j. 2.º).

10. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, *vid.* FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990; PEDRAZ PENALVA, E., *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 55 y ss.

2. La determinación de la competencia penal y del procedimiento penal adecuado

2.1. Intervención de la persona jurídica investigada/acusada en el proceso penal

La intervención de la persona jurídica investigada en la fase de instrucción tiene pocas o escasas especialidades en la LECrim. Salvo dos artículos introducidos en 2011, no habría diferencias en la investigación (sin perjuicio de las particularidades previstas en las diligencias de investigación tecnológica) ni en la intervención en la fase de instrucción de un encausado, ya sea persona física o persona jurídica.

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada quedan garantizados, aparte de en el art. 24.2 CE, en el art. 118 LECrim, de aplicación a cualquier persona, física o jurídica, que se traiga al proceso penal como investigada, encausada, en definitiva, como imputada. El refuerzo de los arts. 119 y 120 LECrim, modificados por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, se ciñe a establecer algunas precisiones sobre quién habrá de actuar como representante de la persona jurídica, cómo se efectúa la primera comparecencia para informar a la persona jurídica investigada o sobre la necesidad de su presencia en la práctica de diligencias de investigación.

Así, el art. 119 LECrim contiene la primera particularidad para la celebración de la comparecencia del art. 775 LECrim, si bien no todos los procesos dirigidos contra persona jurídica van a tramitarse como procedimiento abreviado según las puntualizaciones realizadas al respecto *infra*. La citación se efectuará en el domicilio social de la persona jurídica, lo que no es *per se* novedad alguna e, incluso, resulta más limitado con respecto al proceso civil en cuanto a la posibilidad de que se pueda intentar la comunicación en otro lugar. En el art. 155.3 LEC, los actos de comunicación podrán dirigirse al que conste oficialmente o al que aparezca en Registro oficial, así como el domicilio de cualquiera que aparezca como administrador, gerente o apoderado de la empresa mercantil, o presidente, miembro o gestor de la Junta de cualquier asociación que apareciese en un Registro oficial. Cabe plantear como principal problema que, de ampliarse al domicilio de quien ejerza alguno de los puestos indicados en una persona jurídica, es que surja incompatibilidad de intereses. Adviértase que «*el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria del otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la realidad o persona en cuyo nombre o representación obre*» (art. 31 CP).

Lo anterior enlaza con los problemas que pueda crear la designación del representante «especial» de la persona jurídica, sin que surja una colisión de intere-

ses entre quien sea persona física responsable penal en virtud del art. 31 bis CP (en relación con el art. 31 CP) y la persona jurídica imputada a la que represente, que no es objeto de este trabajo.

Difiere el tratamiento que otorga el legislador a la persona física investigada con respecto a la persona jurídica investigada, en la medida en que, a pesar de que tenga la condición de acusada, no resulta imprescindible su presencia para que se celebre el juicio oral. Si no designa a un representante a efectos de intervenir en el proceso penal, esté continuará con la presencia de abogado y procurador. Ciertamente, la instrucción se desarrolla aun cuando el investigado, persona física o persona jurídica, está ausente injustificadamente con declaración, en su caso, de rebeldía. El juicio oral no podrá acontecer sin el investigado que sea persona física, salvo en el supuesto del art. 786.1 LECrim. Téngase en cuenta que el art. 178 LECrim prevé que se realicen averiguaciones cuando no se disponga de un domicilio conocido.

2.2. Determinación de la competencia penal

A raíz de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, se incorporó al articulado de la LECrim un nuevo precepto, el art. 14 bis, encaminado a determinar la competencia objetiva y de la funcional de los jueces y tribunales cuando a una persona jurídica se le imputara[11] uno de los delitos con respecto a los que responden penalmente.

Según el art. 14 bis LECrim, la determinación de la competencia del juez o tribunal se efectuará en atención a la pena legalmente prevista para la persona física que hubiera cometido presuntamente el delito, con independencia de que el proceso se dirija o no frente a ella, aunque se dirija exclusivamente contra le persona jurídica. Ello implicará, a su vez, la variación de la competencia objetiva y de la competencia funcional según el delito cometido e imputable a la persona física, aunque en el procedimiento penal sólo se esté tramitando el proceso contra persona jurídica.

Con base en los delitos imputables a la persona jurídica y a la gravedad de la pena que corresponda a la persona física, que puede variar según el puesto que ocupe en la misma la persona física que lo hubiera cometido[12], la com-

---

11. Imputar, procedente del latín imputare: «*atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable*», en RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed., 2014, www.dle.rae.es/?id=L9orXDb. Atribuir: «*aplicar, a veces, sin conocimiento seguro, hechos o cualidades a alguien o no*», en *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed., 2014, www.dle.rae.es/?id=4KfKl3z.

12. De acuerdo con el art. 31 bis CP, las personas físicas que hubieran cometido los delitos en nombre o por cuenta de las personas físicas podrán ser los representantes legales o cualquier otra persona o integrante de un órgano

petencia objetiva y la funcional pueden diferir. No obstante, cabe afirmar que, como regla general y en atención a la penalidad atribuida a la persona física, la mayoría de los delitos imputables a una persona jurídica serán enjuiciados por la Audiencia Provincial o por el Juzgado de lo Penal (art. 14.3.º y 4.º LECrim en concordancia con arts. 82.1 y 89 bis.2 LOPJ), previa instrucción del Juzgado de Instrucción (o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción[13]) (art. 14.2.º LECrim en relación con el art. 87.1.a) LOPJ). Con respecto a determinados delitos, corresponderá instruir al Juzgado Central de Instrucción (art. 14.2.º LECrim en relación con el art. 88 LOPJ), pasando el enjuiciamiento al Juzgado Central de lo Penal o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 14.3.º y 4.º LECrim en correlación con los arts. 65 y 89 bis.3 LOPJ).

Ahora bien, si la persona física responsable de la comisión del delito tuviera el carácter de aforada, no altera la regla del art. 14 bis LECrim, puesto que éste determina la competencia objetiva para conocer del proceso con persona jurídica imputada en atención a la gravedad de la pena señalada para la persona física. Resultará de aplicación, en su caso, las reglas de conexidad del art. 17 LECrim. Otra cuestión diferente es si a una persona jurídica se le puede conferir la cualidad personal para concertarse, reunirse o planear conjuntamente la comisión de un hecho delictivo o se ha de partir de la ficción de que fuera posible.

Lo que podría cuestionarse es si una persona jurídica con administrador único que, a su vez, tuviera la condición de aforado, se enjuiciaran ante órganos jurisdiccionales diferentes por no encajar en los delitos conexos, salvo el relativo al blanqueo de capitales. Según la norma procesal, la persona jurídica responde penalmente de forma autónoma, pero no se puede llegar al absurdo de atribuir la competencia a órganos jurisdiccionales diferentes si ello puede implicar la ruptura de la continencia de la causa o a fallos contradictorios. Al respecto y aunque el Código Penal no lo diga expresamente, la Fiscalía General del Estado interpreta que «*las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal*»[14]. Por ello, instruye a los

---

ostenten facultades de organización o de control o estén autorizadas para tomar decisiones; o bien se trate de delitos cometidos por personas físicas en puestos inferiores a aquellos, cuando éstos últimos hubieran incumplido los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

13. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer quedan fuera al carecer de competencia funcional con respecto a los delitos atribuibles a las personas jurídicas investigadas.

14. Circular FGE 1/2016, p. 62. «*Son inimputables aquellas sociedades cuya actividad ilegal supere ampliamente a la legal, siendo esta meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos*» (Circular FGE 1/2016, p. 61).

fiscales a que extremen «*la prudencia en su imputación, en evitación de una inconstitucional situación de bis in ídem*»[15].

Hay que tener en cuenta que una persona jurídica puede ser nombrada administradora de una sociedad mercantil como se prevé en el art. 212 bis LSC[16], en cuyo caso «*será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo*»[17].

Sin embargo, nada obsta a que un menor de edad, téngase en cuenta que los mayores de dieciséis años (art. 6 ET[18]) pueden ser contratados laboralmente, pueda ser administrador de una sociedad mercantil, siempre que sea mayor de dieciséis años y esté emancipado (art. 213 LSC). De cometer un delito en nombre o en beneficio de una persona jurídica, sólo podría responder ante el Juzgado de Menores (o, en su caso, el Juzgado Central de Menores), siendo imposible el enjuiciamiento de la persona jurídica a través del proceso penal de menores al carecer de competencia objetiva para ello.

2.3. Determinación del procedimiento penal adecuado en procesos por delitos cometidos por personas jurídicas

La determinación del procedimiento penal a seguir cuando se incoa un proceso penal por delito dependerá, básicamente, de la gravedad de la pena prevista en abstracto para el delito consumado con respecto al autor del mismo (persona física).

Si atendemos a los hechos delictivos tipificados como delito en el Código Penal, *grosso modo* podemos determinar el trámite procedimental a seguir, lo que no obsta a que, a lo largo de la instrucción, pueda producirse la transformación del procedimiento adecuado.

---

15. En la Circular FGE 1/2016, significa que tanto el sistema de responsabilidad por transferencia como los deberes de control o los modelos de organización y control están pensados para la mediana y la gran empresa, no para la pequeña. Con respecto a ésta, puede darse la circunstancia de que exista «*identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica*», por lo que, de enjuiciarse como dos personas diferentes, podría incurrirse en *bis in ídem* (pp. 29 y 30).

16. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

17. «*La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215*» (art. 212 bis.2 LSC).

18. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

Los tipos procedimentales previstos en las normas procesales para tramitar los procesos penales ordinarios son cinco, aun cuando la doctrina no es unánime en la consideración de procedimientos ordinarios de todos ellos[19], a lo que contribuye la desafortunada ubicación e intitulación en la ley procesal. Así, nos referimos a los siguientes tipos de procedimientos ordinarios regulados en la LECrim y en la LOTJ:

— Procedimiento común ordinario (Libros II y III LECrim).
— Procedimiento abreviado (Título II, Libro IV LECrim, aunque subsidiariamente se remite a las normas del procedimiento ordinario en lo no previsto).
— Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (Título III, Libro IV LECrim, subsidiariamente se remite a las normas del procedimiento abreviado).
— Procedimiento para el enjuiciamiento de delitos ante el Tribunal del Jurado (LOTJ).
— Procedimiento para juicios sobre delitos leves (Libro VI LECrim).
— Procedimiento por aceptación de decreto (Título III bis, Libro IV LECrim).

La tramitación por uno u otro procedimiento vendrá determinada por la gravedad de la pena atribuida al hecho delictivo, aunque no únicamente, y, en menor medida y con prioridad, por la clase de tipo delictivo. Incluso, en el caso de la determinación entre *juicio rápido* y procedimiento abreviado puede venir condicionada por la sencillez o no de la instrucción a seguir o la declaración del secreto de las actuaciones (*vid.* art. 795 LECrim). Sin embargo, aunque por la penalidad de algunos delitos imputables a la persona física estuvieran dentro del ámbito objetivo del art. 795.1 LECrim, resulta difícil que se cumplan los requisitos o concurran las circunstancias que se incluyen en el mismo cuando exista una persona jurídica investigada. La imputación de una persona jurídica requerirá previsiblemente una instrucción con cierta complejidad, partiendo de la base de que se juzga con autonomía de la persona física y, por tanto, su responsabilidad habrá de determinarse a partir de la comprobación del hecho cometido por la persona física y la omisión de las medidas de debido control (arts. 31 bis y 31 ter CP[20]). Además, la finalidad del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de

19. A favor de dicha consideración como procedimientos ordinarios, *vid.* Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento criminal (undécima lectura constitucional)*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 49 y ss. Montón Redondo, A., por el contrario, difiere al distinguir entre procesos ordinarios (encauzados a través de procedimiento ordinario, procedimiento abreviado y procedimiento de faltas —delitos leves—) y procesos especiales (tramitados, entre otros, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos ante el Tribunal del Jurado) (*Derecho jurisdiccional* (con otros), volumen III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 522 y ss.).

20. En un sentido parecido, la Fiscalía General del Estado puntualiza que, «*sin embargo, las exigencias adicionales del artículo 796 L.E.Cr. parecen impedir a priori que las autoridades policiales se planteen utilizar el procedimiento en estos casos, salvo por la vía del 779.1.5.ª de la L.E.Cr., es decir, en caso de conformidad del acusado y con todas las reservas*» (*sic*) que plantea en la misma Circular (Circular 1/2011, de 1.º de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las

determinados delitos no es el enjuiciamiento de la persona jurídica, sino de delitos de instrucción breve que tome como base el atestado policial con el investigado detenido o, sin detenerlo, que se cita ante el Juzgado de Guardia[21]. Es de difícil encaje con respecto a la persona jurídica investigada.

Ahora bien, se hace preciso realizar algunas concreciones en relación con la clasificación de los delitos y de las penas en atención a su gravedad y la determinación del procedimiento adecuado. Según el art. 13 CP, las infracciones penales se clasifican en delitos graves, castigados con pena grave; delitos menos graves, castigados con una pena menos grave, y delitos leves, con pena leve, salvo que, si estuviera comprendida entre pena leve y menos grave, tendrá la consideración de leve según se precisa en dicho precepto[22]. Por su parte, el art. 33 CP clasifica las penas en función de su naturaleza y duración en correlación con lo dispuesto en el art. 13 CP. Si atendemos a la pena de prisión, será pena grave si supera los cinco años (art. 33.2.a) CP) y menos grave, en el caso de que sea de tres meses a cinco años. Claro está, referidas al responsable penal como persona física. Si se trata de una persona jurídica, tendrán, en cualquier caso, la consideración de graves las penas previstas en el art. 33.7 CP. ¿Qué procedimiento será aplicable a una persona jurídica? ¿El que corresponda por la gravedad de la pena a la persona física en aplicación del art. 14 bis? Téngase en cuenta que este precepto se refiere a la determinación del órgano competente y no del procedimiento.

La determinación del procedimiento se efectuará por la aplicación de los preceptos propios de cada tipo procedimental previsto en las normas procesales. Así, el art. 757 LECrim dispone la aplicación del procedimiento abreviado al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración. También puede ser tramitado por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido un proceso penal por delito que conlleve una pena privativa de

---

personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones, en adelante, Circular FGE 1/2011).

21. La Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, casi parafraseando el art. 795.1 LECrim, declara que «*se trata en todo caso de hechos punibles en que la Policía Judicial ha detenido a una persona y la ha puesto a disposición del Juzgado de guardia o en que, aun sin detenerla, la ha citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial. Son, por tanto, supuestos en que ha habido detención policial o citación policial para comparecer ante el Juzgado de guardia*» (*sic*).

22. «*Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto*» (Disposición adicional sexta de la LECrim).

libertad no superior a cinco años o, si fuera de otra naturaleza, no exceda de diez años, siempre que concurra alguna de las circunstancias establecidas en el art. 795.1 LECrim (delito flagrante, determinados delitos o instrucción presumiblemente sencilla).

Como se puede apreciar, no existe coordinación entre la clasificación de los delitos y de las penas y el procedimiento a seguir, en especial, si se atiende a las horquillas previstas en la penalidad del hecho tipificado. Por ejemplo, el tipo básico de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros la pena oscila entre los cuatro y ocho años, es decir, entre la pena menos grave y la pena grave. Cuestión diferente es la determinación del órgano jurisdiccional competente para su enjuiciamiento para lo cual se atenderá a las reglas de competencia y a los límites y extensión de la jurisdicción. De tratarse de una persona jurídica, el tribunal enjuiciador se determinará en atención a la pena legalmente prevista para la persona física en los términos del art. 14 bis, según se ha visto *supra.*

La congruencia de lo anterior con la determinación del procedimiento plantea diversas cuestiones, pues podrá diferir según se siga autónomamente o de forma conexa o acumulada con el proceso penal correspondiente a la persona física y entrar en contradicción con el órgano que sea competente. En virtud del art. 757 LECrim, en la tramitación de un proceso penal dirigido contra una persona jurídica se seguirá el procedimiento abreviado, según hemos señalado, que será de aplicación a los delitos castigados con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza (es decir, a la pena de prisión) bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

Sí es de destacar que constituye una excepción a la regla general del art. 14 LECrim, pues la competencia objetiva del Juzgado de lo Penal abarca las de penas de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años. Estamos hablando de seguir un proceso penal en procedimiento autónomo contra una persona jurídica, sin abundar ahora en los casos de acumulación con el dirigido contra la persona física o en caso de delitos conexos.

Téngase en cuenta que está prevista la pena de multa y la posibilidad de que se imponga por el tribunal alguna o algunas de las previstas en el art. 33.7. b) a g) CP, ninguna de ellas pena de prisión, lo que huelga decir.

De acuerdo con el art. 31 bis CP, la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constante la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por alguna de las personas físicas a que se refiere en su apartado 1, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Cabe interpretar, aunque adolezca la ley procesal de claridad meridiana en este punto, lo siguiente para tratar de integrar la previsión del Código Penal con las normas de la LECrim:

— La responsabilidad penal de una persona jurídica sólo se exigirá si consta la comisión del delito por una persona física del art. 31 bis.1 CP.
— Una vez concretado el extremo anterior, se podrá seguir proceso autónomo contra la persona jurídica si bien la determinación del procedimiento y de la competencia vendrán vinculadas a la que correspondiera a la persona física siempre que se fije en atención a la gravedad de la pena. El legislador, de esta forma, no resuelve supuestos de aforamiento, quedando descartado el proceso penal de menores según lo expuesto *supra*.

El planteamiento cabría hacerlo desde la acumulación de procesos o desde la perspectiva de delitos conexos (arts. 17 y 18 LECrim). En cualquier caso, se produciría la paradoja de que, de cometer el mismo delito dos personas físicas, se enjuiciarían siguiendo el mismo procedimiento y, de cometerlo una persona jurídica, se ventilaría por un tipo procedimental diverso en cuanto no está prevista para ella la pena de prisión, sino otras de diversa naturaleza, aun cuando se ventilen autónomamente, sea de aplicación circunstancias modificativas de la responsabilidad o extingan ésta. Piénsese que se abrirá una fase de instrucción para determinar los hechos y los presuntos autores de los mismos.

En caso de que conste en el proceso un menor como presunto autor de los hechos en los términos del art. 31 bis.1 y 2 CP, no sólo cambiará el procedimiento, sino también la competencia del juez enjuiciador.

El tipo procedimental no cambia, es decir, no se altera porque haya imputada una persona aforada, aunque sí afecta a la competencia del juez enjuiciador y, por ende, del funcionalmente competente para encargarse de la instrucción. Es posible que la persona jurídica cometa alguno de los delitos previstos en los arts. 419 y ss. y 430 CP, en cuyo caso la competencia tanto con respecto a la persona física como, por tanto, de la persona jurídica llevará la aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento ante el Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ).

3. Determinación de la competencia penal y del procedimiento penal en relación a ciertos delitos cometidos por personas jurídicas

Se ha analizado ciertos delitos del Código Penal con respecto a los cuales una persona jurídica responde penalmente como muestra representativa a la hora

de aplicar las reglas anteriormente delimitadas a la competencia penal y a la determinación del procedimiento penal adecuado.

Así, el delito de tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis), cuya penalidad prevista para la persona física es de prisión de seis a doce años o de tres a seis años, según si el órgano es principal o no, atribuido a una persona jurídica, será conocido por la Audiencia Provincial, si bien el procedimiento a seguir diferirá (procedimiento común ordinario o procedimiento abreviado, respectivamente). En el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis), entendiendo que el autor, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados, pertenezca a una persona jurídica que se dedicase a la realización de tales actividades, imputable a persona jurídica, será enjuiciado por la Audiencia Provincial, previa instrucción del Juzgado de Instrucción, y seguirá los trámites del procedimiento común ordinario. En estos casos, la penalidad prevista de prisión será de ocho años y un día a nueve años y seis meses, cuando menos.

En los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, corresponderá la competencia objetiva al Juzgado de lo Penal a través del procedimiento abreviado en el caso del art. 187; a la Audiencia Provincial, en los supuestos del art. 188 CP en atención a la previsión de la letra f) de su apartado 3, si bien el procedimiento podrá ser el común ordinario o el abreviado según la actividad delictiva de que se trate y la edad de la víctima. Lo mismo cabe decir con respecto a los hechos delictivos del art. 189 CP en virtud de su apartado 2.f[23]).

En los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies), la competencia objetiva corresponderá al Juzgado de lo Penal, salvo en el supuesto del art. 197.6 CP que será competencia de la Audiencia Provincial. En cuanto al procedimiento aplicable, será el procedimiento abreviado (arts. 14 y 757 LECrim).

En los delitos de estafa (art. 251 bis CP), dependerá si se produce el tipo básico (art. 249 CP) y la modalidad del art. 251 CP o si concurre el agravado del art. 250 CP, correspondiendo al Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, respectivamente, si bien el procedimiento a seguir será el abreviado (arts. 14 y 757 LECrim), con la salvedad de que lo defraudado no supere los 400 euros, en

23. «*Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*» (art. 189.2 CP), en cuyo caso la pena será de prisión de cinco a nueve años, que se agravará en el caso de se hubiera cometido con violencia o intimidación (art. 189.3 CP). Cabe pensar si, en aplicación del art. 189 bis, a la institución privada que asume la tutela, guarda o acogimiento de un menor, en el supuesto del art. 189.6 CP, conocerá del delito cometido por la persona física el Juzgado de lo Penal a través del procedimiento abreviado.

cuyo caso se ventilará por el procedimiento para juicios sobre delitos leves ante el Juzgado de Instrucción (art. 14 LECrim).

En los delitos encaminados a la frustración de la ejecución (art. 258 ter CP), corresponderá su conocimiento al Juzgado de lo Penal (art. 14 LECrim), salvo en el supuesto del apartado 3.II del art. 257, cuya competencia objetiva recaerá en la Audiencia Provincial (art. 14 LECrim). Se tramitará como procedimiento abreviado (arts. 14 y 757 LECrim) con posibilidad de que se ponga en marcha el procedimiento para procesos por aceptación de decreto (por ejemplo, en los hechos tipificados en los arts. 258 y 258 bis CP), correspondiendo al Juzgado de Instrucción (arts. 803 bis a y ss. LECrim).

En el caso de la comisión del delito de exposición de personas a radiaciones ionizantes, la pena prevista en abstracto para el delito consumado es de seis años a doce años de pena de prisión (art. 343.1 CP), por consiguiente, el procedimiento será el común ordinario (para delitos cuya pena privativa de libertad sea superior a nueve años). Si aplicamos el art. 14 bis LECrim, será competente el que lo fuera para la persona física (siempre que se atiende a la gravedad de la pena del delito), en este caso, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial de no tratarse de persona aforada o de un menor. La instrucción corresponderá, pues, al Juzgado de Instrucción. En principio, no se alterará el tipo de procedimiento a seguir en la medida en que la Audiencia Provincial podrá conocer de procesos penales tramitados tanto por el procedimiento común ordinario como por el procedimiento abreviado.

En el supuesto de que se trate de un delito de falsificación de moneda, cuyo tipo básico viene castigado con la pena de ocho a doce años, si la persona jurídica fuera la autora de los hechos delictivos tipificados en el art. 386 CP, la competencia objetiva correspondería a la Audiencia Nacional (arts. 14 LECrim y 65 LOPJ) y la instrucción al Juzgado Central de Instrucción que, por reparto, corresponda, siempre que sea cometido por organización o grupo criminal. En otro caso, corresponderá, respectivamente, a la Audiencia Provincial y al Juzgado de Instrucción. En el caso de que se imputara a la persona física, el procedimiento a seguir sería el procedimiento común ordinario. Algo similar cabe señalar con respecto al delito de riesgo catastrófico del art. 343 CP, exposición a materiales o radiaciones ionizantes, con pena prevista para la persona física, en el tipo básico, de seis a doce años, si bien el órgano competente objetivamente será la Audiencia Provincial, encargándose de la instrucción el Juzgado de Instrucción de la circunscripción territorial correspondiente.

4. Bibliografía

De Torres Perea, J. M., «El concepto de persona jurídica», en De Torres Perea, J. M., *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, TOL231047.

Figueruelo Burrieza, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.

Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subjettivi*, Società Editrice Librería, Milano, 1912.

Montón Redondo, A. *et al.*, *Derecho jurisdiccional,* volumen III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Pedraz Penalva, E., *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1993.

Quintero Olivares, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento criminal (undécima lectura constitucional)*, Barcelona, Atelier, 2014.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas *ex ante:* los modelos de *compliance*

Mar Jimeno Bulnes
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Burgos

«*Solo una economía sometida, controlada y subordinada podrá cooperar a la obra suprema de la justicia social*»[24].

1. Introducción

Sin duda la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, en términos económicos, empresas[25] está de moda sin que suene tópico pues es un tema que ocupa, no sólo a juristas y académicos sino también y de forma importante, a economistas y profesionales en la cada vez mayor conjunción que participan las ramas de Derecho y Economía en el abonado campo de las Ciencias Sociales[26]. No en vano nos hallamos en una sociedad moderna globalizada e inter-

24. Título del discurso pronunciado por Fernando DE LOS RÍOS URRUTI en la celebración del Día del Trabajo el 6 de septiembre de 1947 en San Juan de Puerto Rico (referencia en DÍAZ DÍAZ, G., *Hombres y documentos de la filosofía española*, tomo VI, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1998, p. 781).

25. Entendida empresa como «*una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos coordinados entre sí*», siquiera desde una perspectiva jurídica; así, SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, número 2, 1988, pp. 529-558, esp. p. 530. No obstante el término persona jurídica engloba, sin duda, una realidad más amplia y así junto a las empresas, para el tema que nos ocupa deban considerarse a las asociaciones, fundaciones o sociedades que, aunque son conceptos que responden a distintas tipologías, todas ellas tienen el denominador común que son corporaciones, entes colectivos organizados, en definitiva organizaciones»; de este modo, ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 48.

26. A modo de ejemplo y «barriendo para casa» el programa de doctorado conjuntamente impartido entre las facultades de Derecho y Económicas en la Universidad de Burgos bajo el título «Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales» (mayor información disponible en enlace www.ubu.es/doctorado-en-ciencias-juridicas-economicas-y-sociales). Por ello también la elaboración de tesis doctorales en estas materias por parte de los economistas; a modo de ejemplo el doctorando Enrique Mesa, bajo el título provisional, *Compliance Systems: a new accountability tool in the Spanish*

nacionalizada cada vez más compleja donde surgen nuevas formas de criminalidad asociadas a conductas «colectivas»[27] en el ámbito económico y las que van engrosando *in crescendo* las estadísticas relativas a la comisión de delitos[28]. Son numerosos además los casos que llegan a nuestros oídos dentro y fuera del territorio nacional (casos *Enron, Siemens* o más actual, *Volkswagen*)[29]; solo a modo de ejemplo en nuestro país, en los días que se escriben estas líneas, se anuncia la imputación desde la Audiencia Nacional por blanqueo al banco chino ICBC, el que transfirió a China durante el año 2012 un importe nada desdeñable de 188 millones de euros[30].

No obstante, puede y de hecho ocurre que, precisamente fruto de esta globalización y transnacionalización del fenómeno delictivo[31], el tratamiento de un mismo caso observa un desarrollo diferente en función de la política legislativa criminal (y procesal) que observe cada país; no en vano, hoy día, la mayoría de las empresas y no únicamente las multinacionales están sometidas a varios ordenamientos jurídicos simultáneamente dando lugar a lo que en el ámbito jurídico y económico se denomina «internacionalización del mapa de riesgos penales»[32]. Así se ha visto con el caso *Volkswagen* citado, siendo su resolución muy diferente en Europa y Estados

---

organizational context, a quien desde aquí agradezco la ayuda ofrecida desde la perspectiva económica para abordar este trabajo.

27. *Vid.* Bacigalupo Sagesse, S., «La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2006», en García García, M. A. (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Comparado y Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 199-233, esp. p. 203.

28. Se ha dicho que un 80% de los delitos —entendemos de naturaleza económica— son cometidos por empresas según los datos arrojados por un estudio elaborado por el *Max Planck Institute für auslandisches und internationales Strafrecht* en Friburgo según cita de Hurtado Pozo, J. y Meini Méndez, I., «Las personas jurídicas frente al Derecho penal peruano», en Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 73-107, esp. p. 79.

29. Véanse enlaces a noticias de prensa, jurisprudencia, legislación y doctrina en página web www.procesopenaleconomico.es/prensa coordinada por el profesor Julio Pérez Gil, autor además de diversos trabajos en la materia; entre los más recientes, «Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal», en Pérez-Cruz Martín, A. J. (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 25-46.

30. Véase noticia publicada por el diario El País el día 11 de septiembre de 2017 en enlace elpais.com/economia/2017/09/11/actualidad/1505131129_667580.html (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2017).

31. Como se ha dicho, «la apertura de los mercados a nivel mundial, que es el sino de la globalización, sitúan a la empresa en un nivel de capacidad de desarrollar riesgos para los bienes jurídicos, muy superior a la de los sujetos individuales»; de este modo Zuñiga Rodríguez, L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación», en García García, M. A., *op. cit.*, pp. 65-124, p. 71 y más ampliamente en *Bases para un modelo…*, *op. cit.*, pp. 60 y ss, en alusión al nuevo modelo de «sociedad de riesgos y Derecho Penal del riesgo», fruto de la tercera revolución industrial acaecida a final del siglo xx y principio del xxi. Así también, sobre el fenómeno de la internacionalización del delito en relación particular con las empresas multinacionales, Cugat Mauri, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *ne bis in idem*», *Revista General de Derecho Penal*, número 17, 2012, esp. pp. 3 y ss.

32. Así Nieto Martín, A., «Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial», en *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Lefevbre-El Derecho, Madrid, 2015, pp. 21-37, esp. p. 21.

Unidos, país este último donde la empresa quiere evitar a toda costa el perjuicio del procesamiento (*stigma of prosecution*)[33]. Ello es así porque, en términos generales, cada vez son más los países que se alinean en la idea de incardinar dentro del Derecho Penal la criminalidad empresarial o de empresa (*corporate crime* o *Unternehmenskriminalität*)[34] junto a otras formas de criminalidad como las denominadas en el ámbito de la Criminología *street crime* (*Straßenkriminalität*) u *occupational crime* (*Berufskriminalität*)[35] dejando de ser cierta así la máxima del «Código Civil el Código de los ricos y del Código penal el código de los pobres»[36]. No en vano se trata de colmar un «vacío de punibilidad»[37].

El nacimiento de estas nuevas formas de criminalidad financiera a mitad del siglo XX tras la Segunda Guerra Mundial en las que está presente un gran componente

---

33. *Vid.* Gimeno Beviá, J., «Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen», *Revista Penal*, número 37, 2016, pp. 99-109, esp. p. 101, con referencia incluso a las llamadas «sanciones estigma» impuestas en el ámbito norteamericano y las que provocan un gran «daño reputacional» a la empresa equivalente al perjuicio económico; a modo de ejemplo cita las etiquetas de advertencia en cajetillas de cigarrillos. Así también, de tener lugar la imputación y a fin de evitar el juicio en su día, propone la firma de «acuerdos de enjuiciamiento aplazado» bajo la fórmula de *deferred prosecution agreements* (DPA) y *non-prosecution agreements* (NPA), siguiendo la práctica habitual en Estados Unidos, dónde el 95% casos penales finalizan mediante el empleo del *plea bargaining*. Recuérdese que en este país tiene lugar la vigencia ordinaria de la *prosecutorial discretion* en aplicación del principio de oportunidad puro a diferencia del nuestro; para una comparación entre ambos procesos penales continental y del *Common Law* véase Jimeno Bulnes, M., «El proceso penal en los sistemas del *Common Law y Civil Law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia*, número 2, 2013, pp. 2017-310, esp. pp. 268 y ss. Una defensa de la extensión del principio de oportunidad al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y así la posibilidad de obtener un acuerdo entre empresa y Ministerio Fiscal condicionado al cumplimiento empresarial (*compliance*) y evitando el juicio oral se propone por Gimeno Beviá, J., «La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal por personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 8437, 9 de diciembre de 2014.

34. *Vid.* Schünemann, *op. cit.*, para quien dicha criminalidad de empresa (*Unternehmenskriminalität*) sería «*la suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa —o… a través de la actuación de una empresa*» (p. 529) y que distingue de la llamada criminalidad «en la empresa» (*Betriebskriminalität*) producida por sus colaboradores a esta misma o a otros colaboradores. No en vano se debe a este autor la creación de tal concepto de criminalidad de empresa a partir de su obra *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantworlichkeit der Uneternehmen und ihrer Führungskrafte nach geltendem und geplantem Straf— und Ornungswiedrigkeitenrecht, Heymann*, Köln, 1979. En España, una de las primeras obras y más citadas, Bacigalupo Saggese, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

35. En esta línea Bergmann, J., «Corporate crime, Kriminalitätstheorie und Organisationssoziologie», *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, número 1, 2016, pp. 3-22, esp. p. 4 poniendo el autor de relieve como el *corporate crime* es la máxima expresión del *white-collar crime* y una variante del *organizational crime*.

36. Zugaldía Espinar, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 20. Precisamente el autor es de los más acérrimos defensores de la existencia de responsabilidad de las personas jurídicas desde sus inicios; así su obra *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en contra, a la fecha, de la mayor parte de la bibliografía penalista. Simplemente aquí a modo de ejemplo De Toledo y Ubieto, E. O., «¿Responsabilidad penal para los entes sociales?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, número 1, 2009, pp. 93-155, quien no sólo defiende mantener el principio *societas delinquere non potest sino añadir societas non delinquenda* (la empresa no ha delinquido).

37. Expresión procedente de Abanto Vásquez, M. A. «Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales», *Revista Penal*, número 26, 2010, pp. 4-45, esp. pp. 11 y ss.

organizativo[38] da por ello lugar al origen de un creciente ámbito del Derecho Penal, cual es el Derecho Penal de la empresa (*Corporate Criminal Law*) como parte del Derecho Penal económico[39]. De este modo y en la línea descrita, cada vez es el más numeroso el equipo de países que abandonan el clásico aforismo latino *societas delinquere non potest*[40] a favor de la máxima contraria *societas delinquere potest,* en gran medida bajo la disculpa de la normativa de la Unión Europea[41]. Sin duda es la poderosa influencia anglosajona la que gana de nuevo la partida en Europa, a salvo de honrosas excepciones como Alemania, donde la cobertura del Derecho Administrativo sancionador[42] (*Ordnungswiedrigkeitenrecht)* se perfila aún hoy día como suficiente y el cual, en cambio, dicho sea de paso, parece no existe en propiedad en los países anglosajones[43]; de ahí la antedicha solución de la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se ha vertido ingente discusión en la literatura extranjera y nacional sobre la conveniencia o no de criminalizar la responsabilidad de las personas jurídi-

---

38. Más ampliamente Cigüela Sola, J., «El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica», *InDret*, número 1, 2016, http://www.indret.com/pdf/1200.pdf.

39. Así Terradillos Basoco, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 12. Se considera al profesor Klaus Tiedemann uno de los mayores impulsores de la rama del Derecho Penal económico como parte especial del Derecho Penal; así, a este respecto como obra clásica, Tiedemann, K., *Wirtshaftsstrafrecht und Wirtschäftskriminalität*, tomo I, Rowohlt, Reinbeck, 1976. Por su parte Schünemann define como delitos económicos «*todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de participación de la vida económica o en estrecha conexión con ella*»; así, Schünemann, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal…», *op. cit.*, p. 529 y del mismo autor, en defensa del nuevo Derecho Penal, «Criticising the notion of a genuine Criminal Law against legal entibies», en Eser, A., Heine, G. y Huber, B. (Eds.), *Criminal responsability of legal and collective entities. International Colloquium Berlin 1998*, Iuscrim, Freiburg, 1998, pp. 225-233. En España, sobre el concepto de Derecho Penal económico, Feijóo Sánchez, B., «Problemas de imputación objetiva en el Derecho Penal económico y empresarial», en Serrano Piedecasas, J. R. y Demetrio Crespo, E. (Dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, pp. 63-83, para quien «*el Derecho Penal económico se ocupa en general de la estabilización de normas de conducta indispensables para la pervivencia del vigente orden socioeconómico*» (p. 65).

40. Sobre los fundamentos clásicos de esta máxima y su posterior flexibilización véase Bacigalupo Saggese, *op. cit.*, pp. 39 y ss., esp. pp. 63 y ss.

41. Así De la Mata Barranco, N. J., «El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas», en De la Cuesta Azarmendi, J. L. (Dir.) y De la Mata Barranco, N. J. (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 161-224 y «Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español», *Revista Penal*, número 33, 2014, pp. 32-65, con análisis comparado de la nueva normativa española en relación con los distintos instrumentos europeos y distinguiendo entre aquella normativa «*transpuesta, no transpuesta y deficientemente transpuesta*» (pp. 215 y ss).

42. Sobre la sanción de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador en España Bacigalupo Sagesse, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, pp. 235 y ss. En especial, sobre la relación entre responsabilidad penal de las personas jurídicas y Derecho administrativo sancionador, Gómez Tomillo, M., «The criminal liability of legal persons and Administrative Sancioning Law: criteria for the objective attribution of liability», *European Review of Public Law*, número 2, 2014, pp. 581-612. Así también sobre las diferencias de uno y otro régimen Guardiola Lago, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 91 y ss, con referencia al debate entre diferencias cualitativas y cuantitativas defendidas por unas y otras tesis.

43. En contra Betancor, A., «Derecho Administrativo Sancionador en el sistema jurídico británico: Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008», *Revista General de Derecho Administrativo*, número 19, 2009.

cas[44] entendido el Derecho Penal como la última *ratio* y siendo de aplicación el principio de intervención mínima, alguna de ellas financiada con fondos europeos en convocatorias específicas[45]. Incluso de modo previo a la regulación penal que convulsionó nuestro país en 2010 por su sorpresa (de ahí el denominado por algunos efecto de «Pedro y el lobo»[46]) algunos de los partidarios de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y/o empresas afinaron aún más en argumentación de *societas delinquere (si) potest sed puniri non potest*[47] frente al sector más crítico[48]. En suma, se trata de una opción de política criminal ante la necesidad de atajar el fenómeno de la criminalidad empresarial siendo además también fuertemente debatido en la doctrina penalista el modelo de responsabilidad elegido[49], el que además variará con las sucesivas reformas de la ley penal sustantiva como más tarde tratará de ser expuesto; ello toda vez entendida insuficiente la responsabilidad civil y/o administrativa y

---

44. Sintetizan esta discusión, por ejemplo y de nuevo, respecto de Alemania en particular Schünemann, B., «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts — Ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, número 1, 2014, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_1_789.pdf, revisando la literatura de hace 60 años y desde una perspectiva más general a la fecha Tiedemann, K., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Penal*, 1996, www.perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#1996 (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2017). Así también, desde la perspectiva española e hispana de entonces, Bonzón Rafart, J. C., *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 5 y ss.

45. A modo de ejemplo el informe elaborado por Vermeulen, G., De Bondt, W. y Rickmann, C., *Liability for legal persons for offences in the EU*, Maklu, Antwerpen/Apledorn/Portland, 2012, informando en p. 9 de la licitación (*tender*) realizada desde la Comisión europea en 2010 a fin de obtener un estudio en la materia; licitación obtenida a favor del *Institute for International Research on Criminal Policy* (IRCP) con el número de referencia JLS/2010/JPEN/PR/1009/E4. La publicación se encuentra disponible en abierto como es exigido en dichas convocatorias europeas en enlace publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e6a11989-48d3-41a1-b4ee-8f7051d84253 (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2017).

46. Así Dopico Gómez-Aller, J. y Lascuraín Sánchez, J. A., «Una iniciativa fructífera», en Dopico Gómez-Aller, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21-32, esp. p. 21.

47. A modo de ejemplo, Cuadrado Ruiz, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante … ¿un paso hacia atrás?», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 12, 2007, pp. 121-152, esp. pp. 142 y ss. Han de citarse también las obras monográficas de Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, esp. pp. 241 y ss., así como Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, esp. pp. 169 y ss.

48. Entre la literatura penalista, por ejemplo, Del Rosal Blasco, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativos», *Diario La Ley*, número 7670, 11 de julio de 2011, considerando que se debería haber establecido «*un sistema alternativo de sanciones intermedias, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*» (p. 10). Así también, entre otros, Robles Planas, R., «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, número 7705, 29 de septiembre de 2011, concluyendo que la responsabilidad de las personas jurídicas sólo puede ser, a lo sumo, «*formalmente penal*» (p. 15).

49. Entre otros, Miró Llinares, F., «Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal (Al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)», en Soler Pascual, L. A. (Dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pp. 187-263, esp. pp. 192 y 248 respectivamente. Así también, sobre tales razones de «necesidad política criminal» consúltese Carbonell Mateu, J. C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010», *Cuadernos de Política Criminal*, número 101, 2010, pp. 5-33, esp. pp. 7 y ss.

toda vez hasta ahora reconocida, desde la perspectiva dogmática penal, la «irresponsabilidad» criminal de las personas jurídicas en cuanto entes ideales[50].

En efecto, la definitiva atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por parte del legislador ordinario hace necesario proceder a una nueva definición de los elementos sustantivos (fundamentalmente, culpabilidad) y procesales (básicamente enjuiciamiento con lo que ello conlleva de adaptación del proceso penal y con el problema fundamental de la articulación de los derechos procesales) del Derecho Penal[51]. Por otra parte y desde sendas perspectivas penal/procesal, particularidad del nuevo tipo de responsabilidad es la anticipación de dicha responsabilidad penal al momento pre-procesal e incluso pre-delictivo como pretenderá igualmente aquí ser demostrado, de ahí el título del presente trabajo. No en vano, ha de recordarse, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sustenta en un importante criterio de utilidad (asociado a aquellos de naturaleza estrictamente económica en beneficio del buen funcionamiento del mercado), cual es, en términos generales, la prevención del delito[52].

De este modo, ha desaparecido la inmunidad de la que hasta ahora gozaban las personas jurídicas en el ámbito penal por ser precisamente entes de ficción legal —*no soul to damn: no body to kick*[53]— teniendo hoy día la empresa que adoptar una actitud positiva en su comportamiento cara a la sociedad. Se le exige así una «prueba» de buena conducta a la hora de implantar dispositivos de *Soft Law* en calidad de «normas» de autorregulación empresarial o, más ampliamente, progra-

---

50. Así Del Rosal Blasco, B. y Pérez Valero, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español», en Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *op. cit.*, pp. 23-48, esp. pp. 25 y ss., con exposición de ambas teorías relativas a la incapacidad de culpabilidad para unos o la incapacidad de acción y así ausencia de tipicidad para otros; frente a todos ellos la posición a la fecha minoritaria de la doctrina penal española a favor de la superación del principio de *societas delinquere non potest* a fin de construir un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas adaptando las categorías dogmáticas tradicionales del Derecho Penal. Así también, en referencia a la capacidad (o incapacidad) de acción e inculpabilidad de las personas jurídicas Bacigalupo Sagesse, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, pp. 148 y ss. Sobre el carácter ficticio de las personas jurídicas y su aplicación al Derecho Penal en particular, desde la perspectiva filosófica, Anzalone, A., «Teoría, dogmática y ficción en el Derecho Penal: *¿societas puniri potest*? La perspectiva de la teoría comunicacional del Derecho y las dificultades del enfoque ideal-formalista», *Cuadernos de Política Criminal*, número 121, 2017, pp. 147-175, esp. pp. 165 y ss.

51. Una aproximación a ambos aspectos se realiza en Banacloche Palao, J., Zarzalejos Nieto, J. y Gómez-Jara Díez, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, La Ley, Madrid, 2011, *passim*; de forma breve y sistemática Velasco Nuñez, E., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales», *Diario La Ley*, número 7883, 19 de junio de 2012.

52. De este modo Artaza Varela, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 50 y ss. Más ampliamente Gruner, R. S., *Corporate criminal liability and prevention*, Law Journal Press, New York, 2004; precisamente el autor fundamenta esta necesidad de prevención delictiva por parte de la persona jurídica en la existencia de un «riesgo de criminalidad», así, Gruner, R. S., «Risk and response: organizational due care to prevente misconduct», *Wake Forest Law Review*, volumen 39, 2004, pp. 613-669.

53. Coffee, J. C. J., «"No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment», *Michigan Law Review*, número 3, 1981, pp. 386-459, en referencia a su origen histórico y la importancia de la misma en Estados Unidos.

mas de cumplimiento (más conocidos como programas de *compliance*[54]) que le permitan prevenir la comisión delictiva además de exonerar en su caso una posterior imputación, de ahí su responsabilidad penal *ex ante* como aquí se defiende. No obstante, la ambigüedad aún respecto de sus contenidos así como, esencialmente, la ausencia de su control y las dudas sobre su acreditación hace que todavía las empresas, a fecha de hoy y especialmente sus responsables[55], vivan con temor la nueva situación introducida mediante la reforma del Código Penal en 2010 y su posterior modificación en 2015. Todo ello no hace sino poner de relieve desde la perspectiva económica otro dato importante, cual es la falta de una «*cultura empresarial sólida y honesta en el desarrollo de las actividades diarias*»[56].

Así el presente trabajo se estructura a modo de una obra teatral en tres actos. El primer acto se ocupará de un breve análisis de los antecedentes de la regulación actual así como el estado de la cuestión tras la promulgación de la LO 5/2010. El segundo acto se reserva a lo que podría llamarse embrión de los programas de *compliance* a partir de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del modelo de autorresponsabilidad penal empresarial implantado en 2010. El tercer acto supone ya el verdadero reconocimiento y puesta en práctica del *compliance* a partir de la reforma del art. 31 bis CP mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, así como su posterior interpretación por parte de la Circular 1/2016 en defensa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por defecto de organización. Se finalizará con una breve reflexión sobre las perspectivas de futuro y el camino a seguir de ahora en adelante, aún sin disponer de «bola de cristal».

---

54. Entre la exhaustiva bibliografía a la que más tarde se hará referencia se destaca aquí por su carácter básico e ilustrativo el *Diccionario de compliance* elaborado por Marsh Risk Consulting, Servicio de Estudios Marsh España, Madrid, 2016. A fin de apreciar la complejidad de la temática puede observarse que dicha obra reúne la definición de más de 300 términos jurídicos y económicos atingentes a la materia.

55. De modo especial el llamado *compliance officer*, término anglosajón traducido al español como oficial o director de cumplimiento; así, inicialmente, *Diccionario de compliance*, *op. cit.*, p. 77. Desde la perspectiva empresarial dicho profesional de cumplimiento podrá coincidir con el auditor interno, quien en todo caso habrá de ser un experto fiscal y contable; en este sentido Luque Vilchez, M., Martinez González, B. y Mesa Pérez, E., «Nuevos tiempos para el experto fiscal y contable: la reforma 1/2015 del Código penal y el *compliance* corporativo», *Revista contable*, número 50, 2016, p. 3, y, especialmente, Mesa Pérez, E. y Luque Vilchez, M., «El nuevo reto del auditor en España: el "*compliance*" penal», *AECA. Revista de la Asociación Española de Contabilidad y de Administración de Empresas*, número 118, 2017, pp. 34-36.

56. Luque Vilchez, M., Martinez González, B. y Mesa Pérez, E., «Nuevos tiempos para el experto fiscal y contable: la reforma 1/2015 del Código penal y el compliance corporativo», *op. cit.*, p. 4. Por el contrario, parece que «*en ocasiones, las personas jurídicas generan una cultural empresarial de incumplimiento de la legalidad*»; así Gómez-Jara Díez, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Banacloche Palau, J., Zarzalejos Nieto, J. M. y Gómez Jara Díez, C., *op. cit.*, pp. 23-47, esp. p. 31. Así también, sobre la hoy afirmada «cultura de cumplimiento empresarial», Ayala de la torre, J. M., «Algunas reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal. El concepto del buen ciudadano corporativo en el marco de una cultura de cumplimiento», disponible en enlace www.elderecho.com/tribuna/penal/reflexiones-responsabilidad-penal-buen-ciudadano-cumplimiento-normativo-compliance_11_961555001.html (fecha de consulta 5 de octubre de 2017).

2. Acto primero: antecedentes y estado de la cuestión

Por todo lo dicho, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la supresión de anterior art. 31.2 CP e inclusión del entonces nuevo art. 31 bis Código Penal[57] a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, supuso sin duda una «cuasirrevolución» (por no decir un cataclismo) en el panorama penal sustantivo al dejar vacío de contenido el clásico principio penal *societas delinquere non potest*[58]. Sin duda constituye esta la novedad más importante de la reforma penal[59] en la que el legislador puso ya de relieve en su opción de política criminal el establecimiento de una doble vía; así, textual-

---

57. A la fecha «*1) En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho y derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2) La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella… 3) La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieran sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4) Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirija contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas…; c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*». Se añade la cursiva, por cuanto es precisamente esta atenuante la que da entrada por vez primera en España a los programas de cumplimiento o cultura de *compliance* a la que se dedica este trabajo. Entre la literatura, además de muchos de los citados y otros que lo serán posteriormente, pueden señalarse para una visión de conjunto del tema la guía elaborada por Ferré Martinez, C., L*a responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011, con inclusión de legislación, esquemas, jurisprudencia y formularios.

58. Sobre su defensa hoy día Zugaldía Espinar, J. M., «Vigencia del principio *societas delinquere potest* en el moderno Derecho Penal» y con mayores dudas, Rodriguez Ramos, L., «Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del principio societas delinquere potest», ambos en Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *op. cit.*, pp. 243-267 y 165-176, proponiendo su carácter excepcional. En contra, por ejemplo, Díaz y García Conlledo, M., «Straftrechtliche Verantworlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen», *Goltdammer's Archiv für Straftrecht*, número 5, 2016, pp. 238-248; entre sus tesis declara que las personas jurídicas 1) No pueden cometer delitos; 2) No se dan los elementos del injusto (acción, culpa, etc.); 3) No se imponen penas en sentido estricto; 4) Las razones de política criminal pueden arbitrar solución distinta y no son suficientes; 5) *Societas delinquere nec puniri potest*. Otros autores entienden que la derogación tuvo lugar en sentido estricto del principio de societas puniri non potest dejando inalterable el de s*ocietas delinquere non potest*; en esta línea, Gómez Martín, V. y Navarro Massip, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1, 2016, entendiendo que en realidad dicha responsabilidad penal se trata de «*una suerte de responsabilidad civil derivada del delito*» (p. 12).

59. De esta opinión, Blanco Cordero, I., «Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 13, 2011, 13-r2, www.criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13.html, p. 7. Es así aconsejable, para una primera aproximación al tema, el libro objeto de recensión, publicado 5 meses después de promulgación de la ley; en concreto, Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

mente, «junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas» (personas jurídicas[60]), se añade en el art. 31 bis.1.II CP la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica «*el debido control*[61] *sobre sus empleados», dejando además claro el legislador que «la responsabilidad de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física*»[62].

Por otra parte, a tenor de dicha regulación se arbitra un *numerus clausus* de delitos para los que se prevé la nueva responsabilidad penal para las personas jurídicas[63] al tiempo que se excluye de la misma a las personas jurídicas de Derecho Público, salvo la fraudulenta constitución de las mismas precisamente con el propósito de eludir dicha responsabilidad penal[64]. Así también, otro de los aspectos más interesantes y revolucionarios de la nueva regulación, por lo que aquí respecta, se trata de la articulación de una serie de circunstancias

---

60. Por tanto y en principio, excluidos los entes sin personalidad jurídica; con dudas Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

61. La cursiva es personal, por cuanto enlaza con el tema central de este trabajo y así la constitución de una especie de culpa *in vigilando* por parte de los responsables empresariales. Por ello que este supuesto constituye un segundo título de imputación unido al anterior, esto es, los delitos cometidos en nombre o en provecho de una persona jurídica de inmediato referidos; así, Sánchez Melgar, J., «Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 69, 2012, pp. 14-27, esp. pp. 18 y ss.

62. Preámbulo, BOE número 152, 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883, aptdo. VII. Por ello su calificación como responsabilidad penal «acumulativa»; en esta línea Zugaldía Espinar, J. M., «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, número 76, 2010, entendiendo que «*la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no tiene por finalidad, ni está pensada para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas*» (p. 5). Por ello también la «doble imputación de la persona física y jurídica»; así Josune Pérez, M., «La imputación a las personas jurídicas: cuestiones procesales», en De la Cuesta Azurmendi, J. L. y De la Mata Barranco, N. J., *op. cit.*, pp. 363-377, esp. p. 371.

63. La redacción del art. 31 bis.1.II se inicia con la expresión «en los mismos supuestos» con remisión a la cláusula general del art. 31.1 bis CP, que igualmente expresa «en los supuestos previstos en este Código». Un análisis de los mismos se realiza por De la Mata Barranco, N. J., «Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», *op. cit.*, pp. 189-238. Ciertamente, la responsabilidad de las personas jurídicas había sido ya antaño reclamada para determinadas áreas delictivas como es el caso del delito medioambiental; en esta línea Vercher Noguera, A., «Algunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto medioambiental comunitario», *Diario La Ley*, número 8805, 18 de julio de 2016, p. 7.

64. Conforme el entonces art. 31 bis.5 CP, Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores (así, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión Nacional de la Competencia), Agencias y Entidades Públicas Empresariales (léase ADIF, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre), partidos políticos y sindicatos, organizaciones internacionales de Derecho Público, aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades Mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (por ejemplo RENFE o Paradores de Turismo). Precisamente debido a las críticas de exención de responsabilidad penal para partidos políticos y sindicatos ésta fue suprimida mediante la reforma del Código Penal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, dando nueva redacción al art. 31 bis CP; al respecto, a favor, Valls Prieto, J., «Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿son responsables los partidos políticos y sindicatos?», *Cuadernos de Política Criminal*, número 104, 2011, pp. 109-128, y, en contra, Gimeno Beviá, J., «Problemas que plante el enjuiciamiento de los partidos políticos», *Revista General de Derecho Procesal*, número 43, 2017.

atenuantes[65] traducidas en la realización de una serie de actividades «con posterioridad a la comisión del delito y través de sus representantes»; de este modo, junto a la confesión del hecho delictivo, la colaboración en la investigación penal con aportación de «pruebas», la reparación o disminución del daño causado, se contempla expresamente como última actividad «*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*».

Desde luego el legislador de 2010 está pensando en los llamados por algunos «protocolos de prevención de delitos»[66] o «planes de prevención jurídica en las empresas»[67], más conocidos como programas de cumplimiento o *compliance (programs)* a modo de normas de autorregulación empresarial existentes a la fecha en otros países[68] aún sin denominarlos por ninguno de estos nombres. De ahí la defensa por parte de cierto sector doctrinal de la instaura-

---

65. Esto es, no eximentes en exclusión de la responsabilidad penal, las cuales a tenor de esta regulación del legislador de 2010 sólo podrían operar de manera previa a la comisión del delito; así lo recuerda Gómez-Jara Díez, C., «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Banacloche Palau, J., Zarzalejos Nieto J. M. y Gómez-Jara Díez, C., *op. cit.*, pp. 87-99, esp. p. 93. Se pone aquí de relieve esta distinción porque precisamente otra será la solución del legislador de 2015.

66. Denominación empleada por De la Mata, N. J., «La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal», en De la Cuesta Azurmendi, J. L. y De la Mata Barranco, N. J., *op. cit.*, pp. 249-266 y De la Mata Barranco, N. J., Bilbao Lorente, M. y Algorta Borda, M., «La atribución penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», *La Ley Penal*, número 87, 2011, distinguiendo los mismos de las normas de autorregulación empresarial equivalentes a códigos de conducta o comportamiento; por el contrario considera que tales protocolos de prevención de delitos deberían incluir «*un estudio de la estructura, organización y modo de actuación empresarial que garantice un seguimiento eficaz de potenciales conductas delictivas, un código de conducta debidamente implementado, divulgado y controlado y un sistema disciplinario que contemple las consecuencias de su incumplimiento*» (p. 251 y 5). Esta es la clave de la cuestión con independencia de la denominación recibida dentro de todas las expuestas; en cualquier caso los programas de cumplimiento no pueden tratarse de una mera compilación normativa sino incluir un verdadero sistema de gestión empresarial.

67. A modo de ejemplo Magro Servet, V., «Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal)», *Diario La Ley*, número 7633, 19 de mayo de 2011, pp. 5 y ss., entendiendo que «*la clave del sistema de exoneración se centra en el cumplimiento del deber de supervisión*» (p. 5). para un posible contenido de dicho plan de prevención véase igualmente Magro Servet, V., «Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales», *La Ley Penal*, número 87, 2011, esp. pp. 6 y ss., con remisión a la *Australian Competition and Consumer Comission*.

68. Entre otros, aquí y ahora, Estados Unidos a partir de las *US Federal Sentencing Guidelines*, cuyo Capítulo 8B.2.1 se ocupa del *effective compliance and ethics program*, el cual «*shall be reasonably designed, implementing and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct*»; la última versión del *Guidelines Manual* puesto a disposición por la *US Sentencing Commission* data de fecha de 2016 y está disponible en enlace www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual (fecha de consulta: 3 de octubre de 2017). También se cita la *Bribery Act* 2010 en el Reino Unido, disponible en enlace www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/ (fecha de consulta: 3 de octubre de 2017), si bien la única referencia que se encuentra en sección 7(2) es al establecimiento de «*adequate procedures*» a fin de prevenir el soborno por parte de las empresas, aún más parca que en el caso español. Así también, para un examen general de la relación entre compliance y Derecho Penal véase Nieto Martín, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en Kuhlen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 21-50, esp. pp. 27 y ss., en referencia a estos ejemplos.

ción ya desde este momento de un *corporate compliance program*[69] también en España pese a la inconcreción del mismo, la cual tampoco fué salvada en posterior reforma del Código Penal por LO 15/2003, de 25 de noviembre. Igualmente, no resulta resuelta su aplicación *ex ante* en el seno del proceso penal en su caso iniciado para dirimir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mas aún ausente a la fecha de cualquier previsión especial de enjuiciamiento de personas jurídicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Desde luego resulta bastante incomprensible que tamaña reforma penal sustantiva no viniera acompañada a la par de aquella procesal[70]; tampoco ello resulta disculpable aún cuando, a fecha de hoy, su puesta en práctica por Juzgados y Tribunales, hay que decir, ha sido parca y tardía. Entre otra relevante problemática se anuncia ya una importante en sede procesal, cual es la relativa a esa «prueba» del debido control por parte de la empresa mediante la puesta en funcionamiento de tales protocolos de prevención delictiva o programas de cumplimiento caso de ser imputada penalmente;[71] más aún cuando la misma parece ha de tener lugar antes del juicio oral y por parte de la persona jurídica imputada, lo que difícilmente casa con los más elementales postulados procesales.

La novedosa regulación penal provocó un gran vertido de literatura en exégesis de dicho art. 31 bis CP[72] y, en muchos casos, de clara crítica a la reforma em-

---

69. En esta línea Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V., «Prólogo», en Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V. (Dirs.), Hortal Ibarra, J. C. y Valiente Ivañez, V. (Coords), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, XIX. Más ampliamente y con esta misma denominación De la Mata Barranco, N. J., «La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos», *op. cit.*, pp. 87-101.

70. *Vid.* Burgos Ladrón de Guevara, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales», *Diario La Ley*, número 7625, 9 de mayo de 2011, p. 3; así también Llorente Sánchez-Arjona, M., «La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, número 29, 2013, p. 7.

71. Al respecto Velázquez Vioque, D., «Responsabilidad penal de las empresas ¿cómo probar el debido control», *Diario La Ley*, número 7794, 9 de febrero de 2012, defendiendo la alegación de tales circunstancias atenuantes como motivo de sobreseimiento libre del art. 637.2 LECrim al no ser los hechos constitutivos del delito; ello a fin de «*eliminar la repercusión reputacional para las empresas y fomentar, al mismo tiempo, el buen gobierno corporativo*» en cuanto finalidad última de la reforma penal de 2010 en esta materia según concluye en las últimas líneas de su trabajo. Dicha problemática relativa a la carga de la prueba también fue analizada en su día por el Observatorio Derecho Penal 2011 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC – KPMG, «Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7752, 12 de diciembre de 2011, esp. p. 4, diferenciando la existencia de dos objetos de prueba y así, «*por un lado, la falta del debido control por parte de un concreto representante o administrador sobre un concreto empleado que ha cometido el delito; por otro, que la persona jurídica tenga un sistema de control eficaz*»; por tanto, «*si se trata de dos elementos de prueba distintos, la cuestión de la carga probatoria puede plantearse de modo distinto para llegar a la conclusión de que la prueba de que no se ha realizado el debido control en el caso concreto debería corresponder a la acusación, por ser la ausencia del debido control un elemento del tipo, y, por otro lado, si entendemos que la existencia de un programa de cumplimiento opera como circunstancia eximente basada en la exclusión de la culpabilidad, en tal caso su acreditación correspondería a la persona jurídica, lo que no supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia como lo ha establecido en su jurisprudencia la Sala 2.ª del Tribunal Supremo*» (Vegas Torres).

72. A modo de ejemplo Gómez-Jara, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, número 7534, 23 de diciembre de 2010, http://diariolaley.laley.es, y «La nueva responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (artículo 31 bis del Código Penal)», *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, número 33, 2011, pp. 85-106; así también Hernández Díaz, L., «El nuevo artículo 31 bis

prendida en clave de Derecho sustantivo, tanto desde la perspectiva académica como profesional[73]. En suma, atrajo la atención de buena parte de los sectores doctrinales penales y procesales, este último para lamentar la falta de acompañamiento de tales medidas sustantivas con la necesaria adaptación de la regulación procesal penal[74], no en vano nacida y pensada para el enjuiciamiento de las personas físicas[75]. Dicha reforma procesal, hemos de recordar, no tuvo lugar hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que introduce «modificaciones inexcusables» en el régimen de imputación de las personas jurídicas a partir del art. 119 LECrim relativas a *grosso modo* al «*régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía*»[76]; reformas muchas de ellas que, hasta entonces, habían sido elucubradas por buena parte de la literatura procesal[77].

---

del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. y De la Mata Barranco, N. J., *op. cit.*, pp. 33-125, esp. pp. 114 y ss. con examen de los criterios tanto de atribución de responsabilidad penal como de atenuación y exoneración de la misma a las personas jurídicas. Así también, por ser un referente en la materia, Bacigalupo Sagesse, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, número 7541, 5 de enero de 2011.

73. A modo de ejemplo, Campaner Muñoz, J., «La desafortunada supresión del principio societas delinquere non potest en España», *El Notario*, número 36, 2011, pp. 76-79, entendiendo que «*la persona jurídica, en tanto que ficción creada por el Derecho, no actúa por sí misma sino que precisa de la acción de una persona física*» (p. 77). Así también se reproduce esta discrepancia doctrinal entre académicos y prácticos en coloquio organizado por la Cátedra de Investigación Financiera y Forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7483, 6 de octubre de 2010. Más recientemente Molina Fernández, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el valor de π», *Abogacía Española*, número 103, 2017, pp. 28-32, acudiendo al simil matemático de la cuadratura del círculo.

74. Por todos, Pedraz Penalva, E., Pérez Gil, J. y Cabezudo Rodriguez, N., «Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19-30, esp. p. 19. Así también de interés a este respecto las reflexiones del Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos 2010 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos – KPMG, «Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7626, 10 de mayo de 2011.

75. «*Se trata de adaptar, a las peculiares características de un nuevo sujeto —la persona jurídica—, la estructura de un proceso —el penal— nacido, pensado y construido para enjuiciar exclusivamente la responsabilidad de una persona física*»; así Neira Pena, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 42. Así también, ya a la fecha, sobre la necesidad de adaptar el proceso penal al nuevo fenómeno de responsabilidad penal de personas jurídicas, De Aranda y Antón, G., «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas», en Dopico Gómez-Aller, *op. cit.*, pp. 47-54, esp. p. 47.

76. Preámbulo, BOE número 245, 11 de octubre de 2011, pp. 106726-16744, aptdo. II.2. Entre la literatura, por ejemplo, Aparicio Díaz, L., «Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica», *Diario La Ley*, número 7657, 22 de junio de 2011, en comentario de los distintos preceptos de la ley procesal penal que han sufrido modificación.

77. Así la interpretación realizada por Pérez Gil, J., «Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García, J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 583-590. De forma similar y con algunas discrepancias respecto del anterior, Portal Manrubia, J., «La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, 2010, y «El enjuiciamiento penal de la persona jurídica», *Diario La Ley*, número 7769, 4 de enero de 2012, toda vez ya promulgada la regulación procesal.

Por su parte y a pesar del cambio de modelo respecto a la sanción de las infracciones cometidas por las personas jurídicas a partir de la atribución de responsabilidad directa[78] en la comisión del hecho delictivo, debe reconocerse que, en alguna medida, cabe encontrar antecedentes en el Derecho español que allanaron camino a la regulación actual. Así se cita desde el anterior art. 31.2 CP[79] expresa y afortunadamente derogado por la reforma operada por la LO 5/2010[80], el cual establecía la «*responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó*» la persona física autora del delito hasta otros como el art. 129 CP en establecimiento de las consecuencias accesorias[81] o

78. Como ha sido dicho «*el art. 31 bis CP incorpora a nuestro ordenamiento jurídico penal un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas directo e independiente; atrás ha quedado, definitivamente, el modelo de responsabilidad accesoria y dependiente de la previa responsabilidad penal de las personas físicas que derivaba del art. 129 CP, en su versión anterior a la reforma de 2010*»; así Andrés Domínguez, A. C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el actuar en nombre de otro tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio», en Pérez Gil, J. y De Román Pérez, R. (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar. Libro conmemorativo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Servicio de Publicaciones e Imagen institucional, Universidad de Burgos, 2011, pp. 289-306, esp. p. 292.

79. Introducido por LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE número 283, 26 de noviembre de 2003, pp. 41842-41875; no en vano su Exposición de Motivos declaraba que abordar «*la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria*». Véase su examen y la evolución del Derecho Penal en esta materia en De la Cuesta, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. y De la Mata Barranco, N. J., *op. cit.*, pp. 49-102, *Revista electrónica de la AIDP*, número A-05, 2011, www.penal.org/es/publicaciones-aidp-iapl y *Revista Peruana de Ciencias Penales*, número 26, 2013, pp. 107-150; autor examina el modelo de responsabilidad elegido por el legislador de 2010 al igual que los delitos para los que se halla prevista dicha responsabilidad penal de las personas jurídicas, las «penas» o consecuencias impuestas, etc. Así también, sobre la anticipación del principio *societas delinquere potest mediante este precepto*, Solé Ramón, A. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del Derecho Penal y del proceso penal», *Revista General de Derecho Penal*, número 13, 2010, esp. pp. 3 y ss.; prueba de ello es el dictado de la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/2004, de 22 de diciembre, estableciendo el derecho a la tutela judicial efectiva también para las personas jurídicas.

80. No en vano la práctica totalidad de la bibliografía penalista clamaba por su supresión por entender que, pese a su redacción, confusamente establecía una «*responsabilidad penal indirecta de la persona jurídica vulnerando así el principio de responsabilidad de las penas*»; de esta opinión Sánchez Domingo, M. B., «Consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos de Política Criminal*, número 104, 2011, pp. 49-77, p. 53.

81. Precisamente es objeto de discusión su naturaleza jurídica como auténticas «penas», de ahí anterior entrecomillado; al respecto, Miró Llinares, F., *op. cit.*, pp. 202 y ss. Por ello, ante la confusión sobre este carácter de dicho precepto, algunos autores han propuesto directamente su derogación; en esta línea Baucés Lladós, J. y Mauro, C., «Vers l'introdution de la responsabilicé pénale des personnes morales en droit espagnol», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, número 4, 2009, pp. 817-826, esp. p. 825. Ampliamente también sobre su naturaleza jurídica Guardiola Lago, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*…, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, esp. pp. 70 y ss., negando su carácter de «penas» en virtud de la ausencia de garantías procesales en su imposición, cual es la ausencia de imputación de la persona jurídica a la fecha. Por el contrario, en defensa de su naturaleza como «penas» Zugaldía Espinar, J. M., «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas», *Revista del Poder Judicial*, número 46, 1997, pp. 327-342, esp. pp. 332 y ss.; el autor fundamente su tesis en que la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP tiene como presupuesto la culpabilidad de las personas jurídicas, no pudiendo ser por ello medidas de seguridad pues estas no exigen culpabilidad. Otros autores optan por una «tercera vía sancionadora de carácter penal»; así García Arán, M., «Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007», en García García, M. A., *op. cit.*, pp. 235-279, esp. pp. 250 y ss.

bien incluso el art. 15 bis del Código Penal de 1973[82]. Incluso hay quien se remonta al siglo XIV para recordar la persecución penal y disolución de la Orden del Temple antes de la instauración liberal del antedicho principio *societas delinquere non potest*[83], por ello la brevedad de su reinado dada su implantación no anterior a fines del siglo XIX o principios del XX[84].

De la misma forma justifica el legislador de 2010 la necesidad de nuestro país de obedecer a «*los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas*» [85]; pero ello no acaba de ser cierto, siquiera por lo que a la Unión Europea respecta y aún en menor medida para el Consejo de Europa, cuya Recomendación No R (88)18[86], como su nombre indica, dista de ser vinculante. Lo que interesa en este caso es que las personas jurídicas sean responsables de ciertas infracciones[87] pudiendo ello tener lugar

---

82. Introducido por LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y parcial del Código Penal (BOE número 152, 27 de junio de 1983, pp. 17909-17919), cuyo art. 15 bis preveía expresamente «*el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo*». En este sentido ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», *La Ley Penal*, número 77, 2010, esp. p. 3, así también con apoyo en cierta jurisprudencia; en línea similar ya en su día, SERRANO GÓMEZ, A., «Societas delinquere non potest», *Boletín Facultad de Derecho*, número 11-12, 1984, pp. 53-56, igualmente con apoyo jurisprudencial y doctrinal.

83. Así GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, número 7501, 3 de noviembre de 2010, p. 1. Sobre los antecedentes históricos cercanos y remotos, BACIGALUPO SAGESSE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

84. De este modo ABANTO VÁSQUEZ, M. A., *op. cit.*, esp. p. 4. Autor sintetiza los argumentos que fundamentan el principio *societas delinquere non potest*, así «*inexistencia de la persona como ente colectivo, falta de capacidad de acción, incapacidad de culpabilidad, imposibilidad de ser sujeto de una pena, incapacidad procesal, falta de necesidad político-criminal*» (p. 7).

85. «*Sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos…)*», responsabilidad penal que además «*únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea*» (Preámbulo, *op. cit.*, aptdo.VII); de ahí la constitución de un *numerus clausus* a tal fin, si bien se critica no estén todos los que debieran. Una revisión de tales instrumentos de Derecho Internacional y Europeo se realiza en la actualidad por PÉREZ GIL, J., «Marco normativo supranacional…», *op. cit.*, pp. 29 y ss.

86. Adoptada por el Comité de Ministros en fecha de 20 de octubre de 1988 se cita como «*uno de los primeros instrumentos europeos*» en aras de instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito europeo; así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y PÉREZ MACHÍO, A. I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», en DE LA CUESTA AZURMENDI, J. L. y DE LA MATA BARRANCO, N. J., *op. cit.*, pp. 129-159, p. 132 (también en PÉREZ MACHÍO, A. M., DE LA CUESTA AZURMENDI, J. L. y UGARTAMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (Dirs.), *Europa Inklings (EUi): Armonización penal en Europa*, Editorial IVAP, San Sebastián, 2013, pp. 52-76). Así también un análisis de los instrumentos internacionales y europeos en el seno de la Unión Europea y Consejo de Europa se realiza a la fecha por ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación…*, *op. cit.*, pp. 137 y ss. así como, más especialmente, ENGELHART, M., «Unternehmensstrafbarkeit in europäischen und internationalen Recht», *Eucrim*, número 3, 2012, pp. 110-123.

87. En particular URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 572010: perspectiva *de lege data*», *Estudios penales y criminológicos*, volumen XXXII, 2012, pp. 413-468, esp. pp. 415 y ss., con cita de la normativa europea a este respecto.

dentro del Derecho Administrativo sancionador como así ocurre de modo especial en Alemania a través de las referidas *Ordnungswiedrigkeiten*[88]. No obstante, ciertamente, cada vez es mayor el número de países[89] que prevé en sus legislaciones penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas alineándose así España, con inspiración en Italia[90] —pese a su denominación como responsabilidad administrativa se trata de responsabilidad penal[91]—, a otros países europeos (Austria, Bélgica, Francia[92], Holanda[93], Portugal, Suiza), Latinoamérica (Chile, Co-

88. En concreto, §30 Gesetzt über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) disponible en enlace www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/__30.html (fecha reconsulta: 30 de septiembre de 2017); más ampliamente, Rogall, K., «Kriminalstrafen gegen juristische Personen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, número 5, 2015, pp. 260-266, esp. pp. 262 y ss. No obstante el país está abierto al debate; a modo de ejemplo, Greco, L., «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafen und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, número 9, 2015, pp. 503-516, al hilo de un proyecto de Código Penal de la Empresa en el Estado de Renania del Norte-Westfalia presentado en 2013; así también, a este mismo respecto, número monográfico en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, número 1, 2015 disponible en página web http://www.zis-online.com/?sektion=2&language=ger. Sobre las distintas alternativas y soluciones Roth, R., «Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión», en Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *op. cit.*, pp. 177-224, con alusión a la solución penal y administrativa así como a los distintos modelos de responsabilidad penal.

89. Precisamente un mapa de aquellos países que no contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea se diseña a la fecha (2012) por Vermeulen, G. De Bondt, W. y Rickman, C., *op. cit.*, p. 32, encontrando así mapa sombreado Alemania, Bulgaria, Letonia y Suecia. Entre la bibliografía véase una perspectiva de Derecho Comparado en Bacigalupo Sagesse, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, pp. 311 y ss.; Eser, A., Heine. G. y Huber, B., *op. cit.*, *passim*. Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *op. cit.*, *passim*; Zuñiga Rodriguez, L., *Bases para un modelo de imputación*…, pp. 101 y ss., etc.

90. Decreto legislativo de 8 de junio de 2001, número 231, *Gazzetta Ufficiale* número 140 del 19 de junio de 2001, disponible en enlace www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2017); así, Foffani, L., «Premisa de Derecho Comparado: España e Italia frente al problema de la responsabilidad de las personas jurídicas: *Nomen juris* y naturaleza jurídica de la responsabilidad», en Dopico Gómez-Aller, J., *op. cit.*, pp. 79-87. Con mayores dudas sobre la naturaleza penal, Paulesu, P. P., «Responsabilità "penale" degli enti e regole di giudizio», *Rivista di Diritto Processuale*, número 4-5, 2013, pp. 843-852, esp. pp. 846 y ss.; incluso otros autores califican a la solución italiana de *tertium genus* estableciendo una responsabilidad de las personas jurídicas; así Nisco, A., «Verantworlichkeit juristischer Personen in italienischen Recht», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, número 9, 2010, pp. 525-534, esp. p. 526. La necesidad se presentaba imperiosa ante el aumento del fenómeno de la criminalidad organizada (mafia) en este país; de este modo y previo a la nueva regulación, Paliero, C. E., «Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano», Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *op. cit.*, pp. 109-132. Ampliamente sobre esta relación entre criminalidad organizada y responsabilidad penal de las organizaciones mafiosas Carnevali Rodríguez, R., «La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación», *Revista de Derecho Penal*, número 33, 2011, pp. 81-129.

91. De esta opinión, Carnevali Rodríguez, R., *op. cit.*, p. 102. Así también, sobre este ambivalente carácter de responsabilidad administrativa-penal en Italia, Fidelbo, G., «Enti publicci e responsabilità da reato», *Cassazione penale*, número 12, 2010, pp. 4079-4086.

92. Existente desde 1 de marzo de 1994, es sin duda una de las primeras regulaciones en la materia junto con Bélgica. Al respecto Pradel, J., «La responsabilidad penal de la persona jurídica», en Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *op. cit.*, pp. 133-163, esp. pp. 140 y ss.; así también De Nauw, A., «L'évolution jurisprudentielle de la notion de responsabilicé pénale dérivée des personnes morales en droit français, vue par un pénaliste belge», *Revue de droit penale et criminologie*, número 4, 2011, pp. 339-357, con examen de jurisprudencia y ulterior legislación.

93. *Vid.* Vervaele, J., «*Societas/universitas delinquere ed puniri potest*, ¿la experiencia holandesa como modelo para España?», en García García, M. A., *op. cit.*, pp. 13-63, quien fundamenta la temprana regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en este país en la influencia anglosajona y el pragmatismo nacional a fin de adaptarse a «*la realidad social en una sociedad industrial y post-industrial*» (p. 16).

lombia, México, Perú[94], Venezuela) y especialmente a aquellos del *Common Law* (Canadá, Inglaterra, Estados Unidos, Australia)[95]; no en vano es a este sistema jurídico y/o área geográfica a la que se le atribuye la paternidad (o maternidad) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[96].

3. Acto segundo: el origen de la responsabilidad penal de la empresa y el embrión de los programas de cumplimiento (*compliance*)

De este modo, la nueva regulación penal sustantiva provoca la deriva desde un modelo hasta ahora de responsabilidad administrativa[97] para las personas jurídicas a un modelo de responsabilidad penal, aún cuando a la fecha no existía en la doctrina penalista unanimidad sobre su fundamentación[98]. En esencia la discusión estribaba en la asunción de un verdadero modelo de «autorres-

94. En particular, HURTADO POZO, J. y MEINI MÉNDEZ, I., *op. cit.*, *passim*.

95. Un breve panorama mundial se realiza, entre muchos y desde la perspectiva procesal, por GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 63 y ss. así como GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 38 y ss. En particular, sobre la influencia del modelo anglosajón de responsabilidad penal de las personas jurídicas, NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa», *Política criminal*, número 5, 2008, pp. 1-18, fundamentando la responsabilidad penal en este sentido en el «defecto de organización de la empresa» (p. 14), lo que será objeto de análisis a continuación. En general, sobre la evolución histórica del modelo anglosajón COFFEE, J. C. J., «Corporate criminal liability: an introduction and comparative surrey», en ESER, A., HEINE. G. y HUBER, B., *op. cit.*, pp. 9-37, esp. pp. 13 y ss. Sobre el modelo americano en particular, VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «El yates memo: o todo o nada (A propósito del papel del Ministerio fiscal en la exigencia de responsabilidad penal a las grandes corporaciones)», *Diario La Ley*, número 8945, 21 de marzo de 2017, pp. 4 y ss.

96. En contra, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *the American Way*», en MIR PUIG, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 35-88, esp. p. 36.

97. Así reconocida de modo concreto en STC 246/1991, de 19 de diciembre, afirmando el alto Tribunal que el principio de la responsabilidad personal por hechos propios «*no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora*» y así entendiendo que en este caso el principio de la culpa «*se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas*» (F.J. 2.IV). Tal modelo aún se practica y defiende en varios países como acaba de ser dicho en cuanto alternativa a la «solución» penal; así, respecto a las objeciones dogmáticas y prácticas de la misma, ROTH, R., «Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión», en HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLANCO, B. y SIMONS VALLEJO, R., *op. cit.*, pp. 177-124, esp. pp. 180 y ss. Igualmente, sobre la deriva de la responsabilidad administrativa a penal de las personas jurídicas con los cambios legislativos producidos en 2010 y 2015 consúltese GÓMEZ TOMILLO, M., «Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes», *op. cit.*, pp. 39-85.

98. Una sintetización de tales modelos de responsabilidad penal se realiza por GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, P. (Coords.), *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1033-1049. Así también y entre muchos, PÉREZ MACHÍO, A. I., «Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y DE LA MATA BARRANCO, N. J., *op. cit.*, pp. 21-48 y ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas…», *op. cit.*, pp. 113 y ss.; más ampliamente esta última en Bases para un modelo de imputación…, *op. cit.*, pp. 163 y ss. Sumariamente CARDONA TORRES, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7699, 21 de septiembre de 2011, p. 5.

ponsabilidad» de la empresa en cuanto responsabilidad «propia u originaria» derivada de un «hecho propio»[99], postura más novedosa o, por el contrario, «heterorresponsabilidad» compartida con la de la persona física (empresario y/o empleados) en cuando «derivada» de su actuación; dentro del escenario penal nacional o internacional se presentaron partidarios de una y otra, existiendo también escépticos[100]. En cualquier caso parece claro que se trata de una responsabilidad cumulativa y complementaria a la responsabilidad personal de las personas físicas, de modo concreto directivos y empleados que tienen relación con la empresa; por tanto, se presenta como «compatible y autónoma»[101] con esta última y de ahí la necesaria derogación del anterior art. 31.2 CP en establecimiento de la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica por los hechos cometidos por la/s física/s.

Ciertamente que la idea de «autorresponsabilidad» por «defecto de organización» de la empresa derivada del ideario alemán (Tiedemann, Heine[102]) iba cobrando auge sobre la de aquella que hacía recaer la responsabilidad de las personas jurídicas en la *culpa in vigilando*[103] de sus administradores conforme

---

99. Dentro de la misma cabe además distinguir distintas teoría y así, con mayor o menor consenso, teoría de la organización funcional sistemática (Heine), teoría de los sistemas sociales autopoiéticos (Gómez Jara/Bajo Fernández), teoría de la acción comunicativa (Carbonell Mateu) y teoría del hecho de referencia o «hecho de conexión» (Zugaldía Espinar); esta última es articulada por Tiedemann en el modelo de culpabilidad por defecto de organización empresarial que es, en suma, la teoría que concita mayores partidarios bajo el principio de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Para un examen de todas ellas consúltese Zugaldía Espinar, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas…*, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

100. Así Galán Muñoz, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad», *Revista General de Derecho Penal*, número 16, 2011, pp. 13 y ss.

101. De este modo Rodriguez García, N., «La obligada reforma del sistema penal para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, número 24, 2011, p. 9. Por ello la distinción con la responsabilidad de las personas jurídicas asociadas a la empresa, así, inicialmente, el empresario; al respecto Demetrio Castro, E., «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en Serrano-Piedecasas, J. R. y Demetrio Crespo, E. (Dirs.), *Cuestiones de Derecho Penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, pp. 11-37, en referencia a las distintas tesis mantenidas para justificar la posición de «garante» del empresario y así como consecuencia de un deber de protección, de un deber de vigilancia…

102. Así sus obras clásicas, respectivamente Tiedemann, K. (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht: Beitrag zum Problem der Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr*, Heymann, Köln, 1980 y Heine, G., *Die strafrechtliche Verantworlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995. En España, defensores de la teoría de autorresponsabilidad penal ya desde sus inicios Gómez-Jara Díez, C., «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 8, 2006, www.criminet.ugr.es/recpc/, esp. pp. 14 y ss. en las que sostiene la idea de una «cultura organizativa empresarial»; así también, ampliamente Gómez-Jara Díez, C. (Ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006. El autor parte de una posición constructivista que también explica en su trabajo «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una anticrítica al simil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel», *Política criminal*, número 10, 2010, pp. 455-475, esp. pp. 466 y ss.

103. Si bien también se habla en la anterior teoría de defecto de organización u organización deficiente de la empresa del «deber de vigilancia» de la misma, cuya omisión dará lugar a su responsabilidad calificada de culpabilidad de organización; en esta línea Heine, G., «La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales», en Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blanco, B. y Simons Vallejo, R., *op. cit.*, pp .48-72, esp. p. 59. Así también, participando de esta misma teoría, Schünemann, B., «Placing the enterprise under supervision ("guardianship") as a

a la teoría de heterresponsabilidad, también denominada de «atribución» o «transferencia»[104]. Ello si bien se pone de relieve que, en todo caso, particularidad de la nueva responsabilidad es que no sólo recae en actos o acciones delictivas sino que, más bien, dicha responsabilidad tiene lugar en sentido estricto por una conducta o delito de «omisión»[105]. De este modo comienza a advertirse ya en 2010 esta necesidad de «autorregulación empresarial»[106] y por ello la implantación de la semilla de los postulados del *compliance* que dará posteriormente carta de naturaleza el legislador de 2015 a fin de evitar lo que algunos autores, partidarios igualmente de estas teorías organizativas de la empresa, denominan «culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial»[107]. Sin embargo, un giro opuesto, no exento de confusión, provocó el dictado de la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado[108] derivando las tornas hacia la teoría de la «heterorresponsabilidad», si bien procedió a una construcción propia y así la llamada teoría de la «responsabilidad vicarial»[109].

---

model sanction against legal and collective entitites», en ESER, A., HEINE. G. y HUBER, B., *op. cit.*, pp. 295-299, esp. pp. 296 y ss., bajo la denominación de *Unternehmenskuratel*. Precisamente tal labor de vigilancia es la que realizan los programas de cumplimiento o *compliance*.

104. Entre los partidarios de la responsabilidad por atribución destaca QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas», en GARCÍA GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pp. 159-198, entendiendo que «*no es una responsabilidad autónoma*» sino una «*consecuencia de la responsabilidad de personas físicas*» (p. 188). No obstante es esta postura también defendida por los profesionales; a modo de ejemplo, MORALES GARCÍA, O., «La persona jurídica ante el Derecho y el proceso penal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, número extra 1, 2011, pp. 142-154, esp. pp. 146 y ss.

105. De este modo CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, p. 32. De la misma opinión RODRIGUEZ RAMOS, L., «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, número 7561, 3 de febrero de 2011, pp. 6 y ss., entendiendo los delitos de comisión por omisión como «*única modalidad viable para las personas jurídicas*». En la misma línea FRISCH, W., «Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación», *Cuadernos de Política Criminal*, número 121, 2017, pp. 385-412, esp. p. 400, en defensa de la imputación de las personas jurídicas por «hecho propio».

106. En particular, NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación…», *op. cit.*, en defensa del establecimiento por parte de las empresas de normas de comportamiento bajo distinto formato como «*códigos de conducta, de buen gobierno, de buenas prácticas*» (p. 5) y considerando a la «*autorregulación unida a la noción de responsabilidad social*» como base del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. 14); más ampliamente, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*…, *op. cit.*, pp. 360 y ss.

107. *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «*Societas delinquere potest*…» *op. cit.*, p. 3 y por ello la existencia de una responsabilidad anticipada en la línea afirmada por TIEDEMANN.

108. Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, disponible como todas en página web oficial de la FGE, www.fiscal.es. Un comentario general de sus aspectos sustantivos y procesales (en especial, carga de la prueba) se realiza por el OBSERVATORIO DERECHO PENAL 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE URJC – KPMG, «Implicaciones de la elaboración por la Fiscalía General del Estado de la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7758, 20 de diciembre de 2011.

109. Según la cual, textualmente, «*algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esta perspectiva, la corporación debe responder por ellos*» (p. 33). Para un examen de las tesis vertidas en la Circular véase RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La culpabilidad en los delitos cometidos por persona jurídica. El delito de "sospecha blindado" y la responsabilidad objetiva "impura" en la Circular 1/2010 de la FGE», *Diario La Ley*, número 7694, 14 de septiembre de 2011 (pese al error de numeración de la circular es objeto de exa-

En todo caso, aún en discusión del modelo adoptado, se advierte ya a la fecha la necesidad de proceder a una relectura de los títulos o sistema de imputación hasta ahora clásicos en el Derecho Penal aptos para las personas físicas pero no así para las jurídicas, tanto desde la perspectiva penal sustantiva como procesal[110]. Desde el ámbito penal se hace necesario reelaborar, en su caso, los institutos de autoría y participación,[111] culpabilidad[112], pena[113] y otros, muchas de cuyas propuestas ya fueron avanzadas de modo previo a la promulgación de la Ley 5/2010 fruto de unos y otros seminarios[114]. En otros casos, en cambio, se mantienen los postulados clásicos del Derecho Penal, así por lo que respecta a la definición de delito entendiendo aplicable el mismo concepto para personas físicas y jurídicas[115]; ello aún la necesidad de proceder a desarrollar una teoría de la tipicidad basada en el «hecho de conexión» (*Anknüpfungstat*)[116] para fundamentar ese «hecho pro-

---

men la aquí mencionada); así también Dolz Lago, M. J., «Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía general del Estado 1/2011», *Diario La Ley*, número 7665, 4 de julio de 2011, entendiendo a la fecha que «*los programas de autorregulación corporativa, compliance guide o corporate defense podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato del que es titular el gestor o representante … pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el art. 31 bis CP*» (p. 2).

110. A *grosso modo*, Observatorio Derecho Penal 2011 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC – KPMG, «Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7691, 9 de septiembre de 2011, y «Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7752, 12 de diciembre de 2011.

111. Al respecto Delgado Sancho, C., «Autoría y participación en la comisión del delito: la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015», *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, número 46, 2017, pp. 59-106, esp. pp. 88 y ss.

112. *Vid.* Bajo Fernández, M., «Culpabilidad y persona jurídica», en Martinez-Buján Pérez, C. (Dir.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1998, pp. 13-25, esp. pp. 21 y ss. reproduciendo a la fecha ya las dificultades de la extensión de dicho concepto a las personas jurídicas.

113. En contra, Robles Planas, R., *op. cit.*, pp. 15 y ss., entendiendo que no puede hablarse de imposición de pena en sentido estricto sino a lo sumo de «cargas» y de ahí que la expresión de «pena» a este respecto empleada por el legislador sea «impropia»; en línea similar y con entrecomillado Mir Puig, S., «Las nuevas "penas" para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad», en Mir Puig, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 3-14. Así también, sobre la especialidad de las penas para las personas jurídicas Gallego Díaz, M., «Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español», *Revista penal*, número 31, 2013, pp. 85-99 y Faraldo Cabana, P., *op. cit.*, pp. 113-163.

114. A modo de ejemplo conclusiones resultantes del Congreso «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 9 de febrero de 2010 y recogidas en Dopico Gómez-Aller, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*…, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

115. *Vid.* Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, *op. cit.*, p. 20, entendiendo plenamente válida la definición de delito proporcionada por el art. 10 CP.

116. En particular Zugaldía Espinar, J. M., «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de la conexión», *Cuadernos de Política Criminal*, número 121, 2017, pp. 9-34, con exposición de los anteriores modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De este modo se decanta por la teoría del hecho por conexión para fundamentar la autorresponsabilidad de la empresa argumentando, textualmente, que «*la acción típica de la persona jurídica consiste en el aumento del riesgo propio de la actividad de empresa mediante la realización, por una persona física competente, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal (hecho de conexión) en el que se admita la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y que, en tanto realizada con los requisitos del art. 31 bis CP (en el giro de empresa, en nombre, por cuenta y en beneficio de la persona jurídica), sea al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, una acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo*» (p. 21).

pio» (tipicidad) ante la necesidad de una conducta activa u omisiva de una persona física dado el carácter ideal de las personas jurídicas y la particular elaboración del catálogo de delitos desde el ámbito de las personas físicas.

Por su parte y desde la perspectiva procesal, ha de elaborarse una categoría propia de legitimación y capacidad para ser parte, toda vez reconocida su imputabilidad[117] que dará lugar a la adopción de un particular estatuto procesal para la persona jurídica[118] con previsión de reglas especiales —la mayor parte de las cuales ha tenido lugar— también en materia de jurisdicción y competencia[119], capacidad procesal[120], especialidades instructorias[121] y probatorias[122], conformidad[123], medidas cautelares[124] e incluso mediación[125]. Particular importan-

---

117. Al respecto, Gudín Rodriguez-Magariños, A. E., «La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 43, 2017, pp. 1-45, entendiendo el autor la capacidad ara ser parte y procesal se sustentan en el juicio de imputabilidad basado en el sustrato organizativo de la persona jurídica (o, en puridad, falta del mismo).

118. En términos generales Navarro Massip, J., «El estatuto procesal de la persona jurídica como responsable penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, 2015. Aspectos particulares son también tratados por Dopico Gómez-Aller, J., «Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos», *Diario La Ley*, número 7796, 13 de febrero de 2012. Más ampliamente Zugaldía Espinar, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas…*, *op. cit.*, pp. 149 y ss., así como, en especial, Neira Pena, A., *op. cit.*, pp. 131 y ss.; así también, sobre los aspectos procesales en general las antedichas obras monográficas Banacloche Palau, J., Zarzalejos Nieto, J. y Gómez-Jara Díez, C. *op. cit.*, pp. 127 y ss. así como Gimeno Beviá, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, *passim*.

119. *Vid.* Pedraz Penalva, E., «Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra las personas jurídicas», *La Ley Penal*, número 101, 2013. Así también Gimeno Beviá, J., «Jurisdicción y competencia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 261-275, esp. pp. 262-263, lamentando la ausencia de una instancia de resolución de conflictos de jurisdicción y normas de reparto en sede internacional.

120. Al respecto, González-Cuellar Serrano, N., «Representación y defensa de la persona jurídica: el posible conflicto de intereses», *op. cit.*, pp. 277-288, esp. pp. 284 y ss., en alusión al posible conflicto de intereses que puede surgir entre personas jurídicas y físicas imputadas, interesada la primera y no la segunda en proceder a la colaboración en la investigación y/o reparación del daño arriba descritas como circunstancias atenuantes, lo que impedirá compartir la defensa letrada. Así también, en la misma obra, Del Moral García, A., «Comparecencia, declaración y representación de la persona jurídica» en pp. 289-299.

121. A modo de ejemplo y en particular relación con el secreto de comunicaciones, Neira Pena, A., «La interceptación de las comunicaciones de la persona jurídica investigada», *Justicia*, número 2, 2016, pp. 421-460, esp. p. 438 por lo que respecta a la posibilidad de interceptar las comunicaciones entre asesores financieros y jurídicos a fin de determinar la existencia de medidas de control en consonancia con art. 31 bis CP, en suma, programas de cumplimiento por lo que aquí respecta.

122. Sobre ambos tipos de especialidades, Velasco Nuñez, E., «Medios de investigación y prueba en los delitos cometidos por persona jurídica delincuente», *op. cit.*, pp. 301-321, esp. pp. 315 y ss. en descripción de ambas especialidades con relación a determinados delitos.

123. Al respecto Rodriguez García, N., «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», *La Ley Penal*, número 113, 2015, esp. pp. 13 y ss. Así también Maza Martín, J. M., *op. cit.*, pp. 329-341, esp. pp. 335 y ss. en análisis de las cuestiones de interés práctico que plantea la conformidad de la persona jurídica.

124. En particular, Escalada López, M. L., «Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real», en Jimeno Bulnes, M. y Pérez Gil, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del Derecho procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 587-606 y *Revista General de Derecho Procesal*, número 41, 2017. Así también Gascón Inchausti, F., *op. cit.*, pp. 323-328, entendiendo que si bien diferentes, son aplicables idénticos presupuestos de todas las medidas cautelares (esencialmente, *fumus boni iuris y periculum in mora*).

125. Recientemente Casabó Ortí, M. A. y Casabó Ortí, L., «Mediación penal y la persona jurídica», *Diario La Ley*, número 9053, 3 de octubre de 2017, defendiendo la aplicación mediación de adultos llevada a cabo en la práctica (pese a la anomia legislativa) también a las personas jurídicas.

cia alcanza en este ámbito el tema de los derechos procesales aplicables a las personas jurídicas que, lógicamente y en principio, han de extenderse en su totalidad[126]; no obstante, resulta objeto de especial problemática el reconocimiento del derecho al silencio y a la no autoincriminación[127] en conjunción con la presunción de inocencia de tales personas jurídicas, aún reconocido en vigente art. 786 bis LECrim.

4. Acto tercero: *compliance* y exención de responsabilidad penal

Así las cosas se llega a nueva reforma penal en modificación del art. 31 bis CP mediante LO 1/2015, de 31 de marzo, aún cuando el precepto estuviera apenas sin estrenar[128], dada la escasa repercusión de su aplicación en la práctica judicial. Es ahora cuando le es otorgada la redacción actual que da ya entrada con nombre y apellido a tales programas de cumplimiento o *compliance,* por cuanto, como anuncia el legislador, se pretende llevar a cabo «*una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas… con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*»[129]. Con

126. Así Echarri Casi, F. J., «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», *Diario La Ley*, número 7632, 18 de mayo de 2011, entendiendo que «a igualdad de gravámenes y cargas entre los inculpados, igualdad de derechos y garantías» (p. 10). En clave europea destaca el trabajo de De Hoyos Sancho, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas», *Revista General de Derecho Procesal*, número 43, 2017, mediando el análisis de la aplicación de cada una de las directivas procesales promulgadas en el ámbito de la Unión Europea al campo particular de las personas jurídicas. Así también, en examen de algunos derechos procesales en particular, a modo de ejemplo Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Rey Juan Carlos – KPMG, «Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente», *Diario La Ley*, número 7834, 10 de abril de 2012.

127. En particular, Garau Albertí, C., «Derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica», *Diario La Ley*, número 9032, 1 de septiembre de 2017; más ampliamente, Serrano Zaragoza, O., «Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal», *Diario La Ley*, número 8416, 6 de noviembre de 2014, esp. pp. 6 y ss.; el problema deriva de su posible conflicto con el deber de colaboración con la administración de Justicia *ex* art. 118 CE. No en vano les es exigido en la misma medida que a las personas físicas, de ahí la defensa por parte de algunos autores del derecho a la «no colaboración activa» para las personas jurídicas desde la perspectiva contraria; así, González López, J. J., «Imputación de personas jurídicas y derecho al a no colaboración activa», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 40, 2016, pp. 1-32, diferenciando, dicho sea de paso, entre el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable, ambos recogidos en el art. 24.2 CE.

128. Así Nieto Martín, A., «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno», *Diario La Ley*, número 8248, 11 de febrero de 2014, cuestionando la necesidad de la reforma.

129. Sobre esta necesaria «mejora técnica» y las condiciones que ha de reunir un programa de cumplimiento al hilo del entonces Proyecto véase De Prada Rodriguez, M. y Santos Alonso, J., «El nuevo escenario de la reforma del Código Penal: los programas de compliance», *Diario La Ley*, número 8422, 17 de noviembre de 2014, esp. pp. 5 y ss. En cambio, en crítica a esta pretendida claridad del legislador Palma Herrera, J. M., «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de "compliances"», en Palma Herrera, J. M. y Aguilera

ello, se dice, «*se (intenta) pone(r) fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores —recuérdese, la propia Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado— había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial*»[130]. No se anuncia aquí, en cambio, el régimen de responsabilidad acogido pero pudiera entenderse inicialmente a la luz del articulado que se opta por el llamado modelo de autorresponsabilidad por hecho propio basado en el «defecto de organización de la empresa»[131] y aún necesario el «hecho por conexión» en la línea descrita.

De este modo y en cuanto a Derecho positivo atañe, la nueva y vigente regulación del art. 31 bis CP establece ya *a priori* una importante diferencia respecto a la anterior, siquiera desde la perspectiva penal (a la que resultara afecta también la procesal), cual es la conversión de las anteriores circunstancias atenuantes en eximentes[132], las cuales sólo subsidiariamente mantendrán su carácter de atenuantes para el caso de su «acreditación parcial». Se procede así a nueva redacción de tales circunstancias y ya, por vez primera de forma expresa, se enuncia la adopción de «modelos de organización y gestión» que incluyan «*medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*» (art. 31 bis.2.1º CP); esto es, aparecen ya explícitamente previstos conceptos sobre los que se venía ya hablando doctrinalmente y así «modelos de gestión» (léase, programas de cumplimiento o *compliance*), prevención del delito o reducción de riesgos. A su vez se exige conjuntamente con circunstancia anterior que la supervisión del cumplimiento de dicho «modelo de prevención» se encomiende a un órgano específico de la empresa en sus distintas nomenclaturas, léase,

---

GORDILLO, R., *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 15-73, esp. p. 23.

130. En ambos casos Preámbulo, aptdo. III, BOE número 77, 31 de mayo de 2015, pp. 27061-27176.

131. Así, MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un incesante escenario de inestabilidad normativa», *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, número 32, 2013, pp. 13-15, en clave crítica hacia el entonces Proyecto de Código Penal elevado al Consejo de Ministros en fecha de 20 de septiembre de 2013. En contra de tal modelo PALMA HERRERA, J. M., *op. cit.*, esp. p. 25, considerando se trata aún de una heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial, por cuanto las personas jurídicas responden de los delitos cometidos por personas jurídicas. Así también, de nuevo, sobre tales modelos de fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas AGUILERA GORDILLO, R., «Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y "compliances"», en PALMA HERRERO, J. M. y AGUILERA GORDILLO, R., *op. cit.*, pp. 75-130, esp. pp. 109 y ss., dando entrada a nuevas teorías de carácter sociológico (teoría de la elección racional) o economicista.

132. Por ello con rechazo absoluto de responsabilidad penal; al respecto DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas…», *op. cit.*, pp. 90 y ss. Así también, sobre la articulación de tales circunstancias como eximentes o atenuantes CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: artículos 31 ter y quater CP», *op. cit.*, pp. 103-112, p. 111. En cambio, en contra de su carácter como eximente BERENGUER PASCUAL, S., «Exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Ley vigente y críticas al nuevo Proyecto de reforma», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 73, 2013, pp. 14-19, entendiendo que «*no es que a la persona jurídica se le exima de una conducta culpable sino que a esta le falta el elemento de tipicidad subjetiva*» (p. 16), por ello que en su opinión constituyen en puridad cláusulas de exclusión de responsabilidad penal y no eximentes.

responsable o director de cumplimiento conocido como *compliance officer* (CO)[133] en general experto fiscal y/o contable (también conocido en otros ámbitos como *Controller* jurídico o *Chief Counsel Compliance* de tratarse de un asesor legal[134]) y el que también por primera vez aparece en escena en función del tamaño de la empresa[135] en su posición de garante del cumplimiento empresarial[136]. Por último, se contemplan como ulteriores circunstancias cumulativas la autoría individual del delito por personas físicas en elusión fraudulenta de tales modelos de organización y la existencia de responsabilidad por parte del anterior oficial/director de cumplimiento en dejación de sus funciones de «supervisión, vigilancia y control».

Más allá de los problemas de prueba que en clave procesal se plantean a fin de determinar el momento de actuación de tales eximentes/atenuantes en el seno del proceso penal[137], también es objeto de profundo debate el concepto de

---

133. También denominado *Chief Compliance Officer* (CCO) para el caso de ser varias las personas o departamento encargado de tal función de «vigilancia» de los programas de cumplimiento por delegación empresarial pues, no es esta sino su tarea; así Silva Sánchez, J. M., «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en Kuhlen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina Gimeno, I, *op. cit.*, pp. 79-105, esp. p. 103. Igualmente, en empleo de la misma denominación Osuna Martinez-Boné, F. y Rueda Álvarez, J. C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 1/2015 y medidas para evitarla: corporate compliance», *La Toga*, número 191, 2015, pp. 54-65, esp. pp. 62 y ss.

134. Kuhlen, L., «Compliance y Derecho Penal en Alemania», en Mir Puig, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 89-125, esp. p. 123 definiendo tal figura como «*asesor jurídico principal en materia de cumplimiento normativo*» al hilo de su exposición sobre el caso Siemens como ejemplo de interacción entre Derecho Penal y *compliance* por considerarlo el caso más ilustrativo pues, no en vano, «*se trata de la empresa tecnológica más grande de Alemania*» (p. 52).

135. Por cuanto, recuérdese, el art. 31 bis.3 CP permite que «*en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión… podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración*» entendiendo por tal «*aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*». Como se ha dicho «*sería absurdo exigir a una PYME o a una empresa con tres personas que estableciese un órgano independiente de control*»; así Liñán Lafuente, A., «Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores de las sociedades», *Diario La Ley*, número 8220, 30 de diciembre de 2013, p. 5. En cambio la reforma no ha acogido —afortunadamente— la propuesta del proyecto de 2013 de contemplar la responsabilidad del representante legal o administrador de hecho o derecho por omisión en la adopción de tales medidas de vigilancia o control (*compliance*) bajo la adición del art. 286.6 CP.

136. Al respecto y sobre la certeza de esta afirmación Prittwitz, C., «La posición jurídica (en especial, posición de garante de los compliance officers», en Kuhlen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina Gimeno, I., *op. cit.*, pp. 207-218, esp. pp. 212 y ss. También resultan ilustrativos sobre el contenido de su «arriesgada misión» los trabajos de Lascurain Sánchez, J. A., «Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)» y Dopico Gómez-Aller, J., «Posición de garante del compliance officer por una infracción del "deber de control": una aproximación tópica», ambos en Mir Puig, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 301-336 y 337-363; mientras el primero cuestiona la incondicional responsabilidad penal del *compliance officer*, el segundo hace referencia al ejercicio de su deber de control.

137. Al respecto Sánchez Melgar, J., «Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 79, 2015, pp. 24-31, esp. p. 29 y «La carga de la prueba en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: de la cuadratura del círculo a la reconciliación», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 87, 2017, pp. 17-23, esp. 19, proponiendo su aportación en el juicio oral y su resolución en sentencia ante la dificultad de apreciar tales causas de exención de responsabilidad en la fase de instrucción ante la exigencia del art. 640 LECrim de una «indudable» exención de responsabilidad para que opere el sobreseimiento libre que difícilmente podrá ser aplicable a la asunción de tales modelos de gestión (aunque como se verá parece iniciarse otra línea jurisprudencial en defensa de la valoración de tales causas de exención o compliance en fase de instrucción). Así también, sobre su carácter como prueba documental y/o pericial además de la necesaria acreditación de la implantación de tales modelos para el caso concreto vía prueba testifical véase Galle-

tales modelos de cumplimiento, por cuanto el legislador no otorga una definición al respecto;[138] ello aún cuando sí parece existir consenso respecto de su finalidad, cual es la «evitación de riesgos de responsabilidad penal»[139]. No obstante, ciertamente, el legislador de 2015 a diferencia del de 2010 sí contempla una serie de requisitos que han de reunir tales modelos de organización y gestión o siquiera las previsiones o elementos que han de incorporar los mismos a tenor de la nueva redacción del art. 31 bis.5 CP[140]. Se añade además el problema de que tampoco puede preverse un modelo común de programas de cumplimiento[141] sino que los mismos, lógicamente, habrán de adecuarse al carácter y actividad empresarial; modelo que además tampoco vendrá condi-

---

GO SOLER, J. I., «Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales», en MIR PUIG, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 195-229, esp. pp. 223 y ss.

138. Una definición simple y clásica es la proporcionada por WELLNER, P. A., «Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions», *Cardozo Law Review*, volume 27, 2005, pp. 497-528; así «*an "effective" compliance program is an internal mechanism implemented by companies in order to protect and prevent criminal conduct from ocurring through the corporation*» proponiendo como características que el programa sea «*broad, prophylatic measure that anticipates, detects and prevents any criminal activity that might take place*» (p. 500). Por su parte propone tres elementos básicos de dichos programas de cumplimiento: «*a formal code of conduct, a compliance office and officer, and a telephone hotline for employees*» (p. 501). Así en España se propone como definición de programa de cumplimiento o compliance en traducción de anterior definición el «*mecanismo de control interno que adopta la empresa para detectar y prevenir conductas delictivas*»; de este modo GIMENO BEVIÁ, J., «Líneas básicas en a elaboración de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas» en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*, Colex, Madrid 2013, pp. 137-164, esp. p. 138, buscando origen etimológico de la palabra compliance en «cumplimiento legal», así implícita la máxima *with the law*. Una definición muy pragmática es la proporcionada por KUHLEN, L., *op. cit.*, para quien «*se denominan compliance las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y para su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen*» (p. 51).

139. Así BOCK, D., «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en KUHLEN, L., MONTIEL, J. P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pp. 107-121, esp. p. 107, bajo la denominación de *criminal compliance*.

140. De este modo y sumariamente: plan de evaluación de riesgos, protocolos sobre la estructura organizativa de la empresa, modelos de «gestión de recursos financieros» (léase, auditoría y control interno), sistema de comunicación de riesgos e incumplimientos entre empleados y organismo de control o *compliance officer* (canales de denuncias, hotlines, whistleblowers…), sistema disciplinario y sistema de evaluación o «monitoreo» *(monitoring*, a ser posible mediante auditoría externa) a fin de procurar la actualización del modelo de compliance para adaptarlo sucesivamente a necesidades de la empresa. Se olvida referencia expresa así otros elementos importantes como, en concreto, es la existencia de programas de formación continúa de los integrantes de la empresa como por ejemplo proponen las *US Federal Sentencing Guidelines*, si bien los mismos habrían de entenderse incluidos y de hecho así se contemplan en la práctica. Una propuesta de tales elementos de compliance a la fecha se realiza por ARTAZA VARELA, O., «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico penal», en MIR PUIG, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 231-271, esp. p. 256, en referencia a tales programas de formación o entrenamiento. Así también en propuesta de tales elementos de los programas de cumplimiento BACHMAIER WINTER, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance», *Diario La Ley*, número 7938, 5 de octubre de 2012, pp. 6 y ss. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal», *op. cit.*, p. 10 y «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 94. Ya una revisión sobre su contenido a la luz de la regulación actual se realiza por PALMA HERRERA, J. M., *op. cit.*, pp. 51 y ss.

141. No obstante, una interesante propuesta genérica de su contenido o «pasos a dar» desde la perspectiva práctica aún conforme la legislación anterior se encuentra descrita en CLEMENTE CASAS, I. y ÁLVAREZ FEIJÓO, M., «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)», *Actividad jurídica Uría y Menéndez*, número 28, 2011, pp. 26-47, esp. pp. 45 y ss.

cionado por el tamaño de la empresa sino, en mucha mayor medida, por los riesgos derivados de la actividad empresarial[142]. De ahí la fundamental necesidad de elaborar un plan de riesgos penales para evaluación y «neutralización» de los riesgos penales propios de la empresa como presupuesto necesario para la elaboración del programa de cumplimiento[143].

El recurso al Derecho Comparado ha sido también útil para la interpretación de la nueva normativa hasta ahora extraña en el ordenamiento jurídico español fruto de la política criminal actual tras la regulación ofrecida en 2015; en especial, se ha dicho[144], España se inspira en el modelo italiano que introduce la responsabilidad penal de las empresas aún bajo el nombre de responsabilidad administrativa mediante el Decreto legislativo número 231 de 8 de junio de 2001[145]. Así también y de forma importante en esta resolución de dudas contribuye el dictado de la Circular 1/2016, de 22 de enero, por parte de la Fiscalía General del Estado[146], la cual considera que la regulación penal vigente «*matiza el modelo de responsabilidad vicarial diseñado*»[147] en 2010; al mismo tiempo añade como «*el objeto del proceso penal se extiende ahora también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación*»,[148] si bien critica al legislador «*haya asumido una tarea más*

---

142. En esta línea Bachmaier Winter, L., *op. cit.*, p. 3. La autora acude al Derecho Comparado y especialmente al modelo norteamericano de la *US Federal Sentencing Guidelines* antes aludido para proponer los elementos de los que ha constar tales programas de cumplimiento inexistentes a la fecha en anterior regulación del art. 31 bis CP.

143. De este modo primer paso propuesto por Clemente Casas, I., y Álvarez Feijóo, M., *op. cit.*, p. 45, entendiendo que «*debe tratarse de una evaluación ad hoc que profundice esencialmente en la actividad de la empresa y en aquellos riesgos penales propios de aquella actividad*» (p. 45).

144. Así Anzalone, A., *op. cit.*, p. 167, en alusión a expresiones como «injerto extraño» o «plagio legislativo», por cuanto «*los requisitos que ha de incurrir la persona jurídica para no incurrir en una responsabilidad de tipo penal son prácticamente idénticos*». Sobre tales presupuestos de responsabilidad en la regulación italiana véase Seminara, S., «Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana», en Mir Puig, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 127-157, por cierto, en defensa de la naturaleza penal y no administrativa de esta responsabilidad establecida para las personas jurídicas en anterior Decreto 231/2001 pese a su rúbrica (*vid.* p. 128).

145. Un breve examen de legislación y casuística se realiza por Selvaggi, N., «Compliance programs and "organisational faults" in Italian legislation. An overview of ten years of experience with Legislative Decree 231/2001», *Eucrim*, número 3, 2012, pp. 127-130, exponiendo una mayor confianza en tales programas de cumplimiento por la empresa italiana desde el inicial escepticismo manifestado en primeros años de vigencia de la actual regulación.

146. Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, dictada por la FGE, y disponible en página web oficial https://www.fiscal.es.

147. De hecho en sus conclusiones refiere que «la *reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión*» (p. 58); por ello la defensa por algunos de un «modelo mixto»; así, Anzalone, A., *op. cit.*, p. 169. En línea similar y en sintonía con la Circular 1/2016, aún siendo una opinión discutible, otros autores consideran que, si bien se trata de una responsabilidad autónoma de la persona jurídica no es en sentido estricto autorresponsabilidad pues no existe dolo ni «imprudencia» (¿?) sino una conducta consistente en un «defecto de organización»; así, Molina Mansilla, M. C. y Molina Mansilla, L., «La nueva regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la modificación de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *La Ley Penal*, número 125, 1 de marzo de 2017.

148. P. 38. Aquí radica el problema de la carga probatoria entendiendo la circular que la prueba corresponde a la persona jurídica acusada en cuanto el mismo se trata de un hecho por su parte alegado y no de un hecho constitutivo (a lo sumo extintivo, excluyente o impeditivo, en función de cuando surta eficacia); lo contrario supondría una *diabo-*

propia del ámbito administrativo» al regular —aún insuficientemente— los requisitos que han de reunir tales programas que denomina «normativos»[149].

En todo caso, la Fiscalía General del Estado se «ha subido al tren» del *compliance* y se suma a la opinión de que la consecución final de tales programas de cumplimiento no es «*evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial*»; además, en su labor tuitiva, proporciona unos primeros criterios interpretativos a fin de valorar «*la adecuación y eficacia de los modelos de organización y gestión*». Finalmente, la Circular comentada dedica un apartado relativo a la carga probatoria, tema de fundamental trascendencia, por cuanto la nueva regla invierte la carga probatoria (aún cuando la Circular diga lo contrario) al exigir ahora que «*atañe a la persona jurídica acreditar* (léase probar) *que los modelos de organización y gestión cumplen los requisitos legales*»[150].

Tales aspectos sustantivos y procesales de la nueva regulación penal han sido objeto de discusión en sede judicial por cierta doctrina legal junto con el del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas contenido en el art. 31 bis CP. Así es, dentro de la escasa jurisprudencia vertida sobre la materia, cabe destacar la interpretación del Tribunal Supremo manifestada en sentencias ya clásicas[151], en gran parte con aportación de votos particulares, lo cual

---

lica probatio dada la dificultad de probar un hecho negativo si así se exigiera a la acusación. Sobre la distribución del onus probandi y su relación con la presunción de inocencia véase Gómez Tomillo, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento», *Diario La Ley*, número 8861, 11 de noviembre de 2016, esp. pp. 3 y ss.

149. Craso error porque tales programas de cumplimiento no constituyen ni han de constituir una mera compilación normativa sino un «sistema» en el que el elemento normativo es uno más junto con otros de otra índole, léase económicos/contables (rendición de cuentas entre otros). Por ello que los oficiales o directores de cumplimiento no tiene que ser necesariamente abogados sino también y resulta en ocasiones aconsejable, sean economistas. Pero en todo caso sí pudiera ser cierto que la prolija redacción del art. 31 bis.2 CP en relación con el contenido o elementos de tales programas de cumplimiento bien pudiera merecer otro lugar distinto al de la norma penal sustantiva; de este modo Gimeno Beviá, J., *op. cit.*, «La apuesta por el principio de oportunidad…», *op. cit.*, p. 16, nota 26, argumentando que su ubicación idónea sería precisamente las circulares de la Fiscalía General del estado.

150. Respectivamente pp. 39, 51 y 56. La atribución de la carga probatoria a la persona jurídica acusada se justifica en que «*no hay duda de que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización*» (p. 57). Ello sin óbice —y lógicamente— a que a la acusación le corresponda la carga de la prueba sobre la comisión del delito contemplado en el art. 31 bis 1 CP para el que, dicho sea de paso, realiza un cambio sustancial la LO 1/2015 al establecer un «plus» al incumplimiento de los «deberes de supervisión, vigilancia y control» de la actividad desarrollada por la persona jurídica pues se añade ahora el adverbio «gravemente»; en esta línea, Gutiérrez Pérez, E., «La Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado», *Diario La Ley*, número 8707, 22 de febrero de 2016, esp. p. 7.

151. Una síntesis de las mismas exponiendo su interpretación más relevante en cada caso se realiza por Marchena Gómez, M., «Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Abogacía española*, número 103, 2017, pp. 24-27; más ampliamente Preciado Domenech, C. H., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su interpretación por el Tribunal Supremo», *Jueces para la democracia*, número 87, 2016, pp. 95-129 y de modo fundamental la monografía de Gómez-Jara Díez, C., E*l Tribunal Supremo*

demuestra una vez más el amplio debate que todavía existe en la materia. De este modo puede destacarse como precedente inicial la STS 514/2015, de 2 de septiembre[152], en la que por vez primera el alto Tribunal hace aplicación del principio de presunción de inocencia para las personas jurídicas y de ahí la absolución de la entidad mercantil condenada en la instancia; así también, desde la perspectiva penal, alude a ambos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (autorresponsabilidad/heterorresponsabilidad), pese a no decantarse por ninguno de ellos en concreto[153].

Mayor relieve cobra la STS 154/2016, de 29 de febrero[154], resultado de un Pleno jurisdiccional de la Sala segunda que añade un voto particular concurrente suscrito por siete magistrados, lo que manifiesta la aún falta de consenso en la temática abordada en la línea anticipada; ello pese a la pretensión «legislativa» del pronunciamiento a la hora de proporcionar criterios generales de interpretación[155]. No en vano, aquí si se opta por un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas[156] en cuanto responsabiliza a estas últimas de «*la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran*»; establece así como «*núcleo de responsabilidad de la persona jurídica… la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos*»[157] con referencia expresa a los programas de *compliance* para concluir en la condena a la empresa recurrente por «*la ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos*».

---

ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

152. Disponible como todas en buscador oficial del CENDOJ, enlace www.poderjudicial.es/search/index.jsp

153. En contra Gómez-Jara Díez, C., «El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales», *Diario La Ley*, número 8632, 26 de octubre de 2015, considerando que «*el modelo que se encuentra más "basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal" (en afirmación del Tribunal Supremo) es el modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica*» (p. 5).

154. No en vano la primera condena penal de una persona jurídica, en concreto tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública confirmando las condenas en su día impuestas por la Audiencia Nacional. Un resumen de hechos y fundamentación se realiza por Vela Mouriz, A., «Las claves de la primera condena penal del TS a Personas Jurídicas (STS 154/2016, de 29 de febrero)», *Diario La Ley*, número 8713, 2 de marzo de 2016.

155. En clara crítica Dolz Lago, M. J., «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», *Diario La Ley*, número 8796, 5 de julio de 2016, esp. pp. 11 y ss.

156. Todavía en construcción para algunos; así Villegas García, M. A., «Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero», *Diario la Ley*, número 8721, 14 de marzo de 2016, esp. p. 15.

157. F.J. 8. En defensa de la responsabilidad por hecho propio como modelo propuesto por la sentencia comentada Gómez Tomillo, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario la Ley*, número 8747, 22 de abril de 2016, esp. p. 3.

Paralelamente en dicha sentencia es objeto de particular análisis el respeto de los derechos procesales para la recurrente persona jurídica y así, en concreto y entre otros, derecho de defensa, que se alega vulnerado por haber sido representada en juicio la persona jurídica por persona física, objeto así mismo ella de acusación y toda vez resultando conflicto de intereses entre ambas[158], motivo que se desestima al no acreditarse indefensión. Por su parte, se analiza también el tema del *onus probandi* discutido especialmente en el voto particular[159], por cuanto se argumenta que no cabe aplicar reglas excepcionales para las personas jurídicas que les exima del deber de probar los hechos por su parte alegados (aquí la existencia y aplicación de programas de cumplimiento) en lugar de imponer, como propone la sentencia, su acreditación por la acusación. No obstante, las dos posturas pueden ser complementarias entendiendo que, en lenguaje procesal civil, ambas partes habrán de probar aquellas alegaciones que aporten al proceso y así, hechos constitutivos la acusación y hechos extintivos/impeditivos/excluyentes (aquí eximentes) la defensa[160] pues lo contrario supondría la aplicación de la regla de la *diabolica probatio*; ello sin óbice de que la balanza de la carga probatoria haya de inclinarse, como es por otra parte lógico, del lado de la acusación.

Se finaliza esta referencia al recorrido jurisprudencial de la interpretación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por parte del Tribunal Supremo —aún teniendo en cuenta con el dictado de doctrina legal posterior en examen de estas mismas cuestiones[161]— con la mención a la STS 221/2016, de 16 de marzo, la que precisamente incide en el tema probatorio puesto en relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. De este modo,

---

158. Al respecto Neira Pena, A. M., «La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica», *Diario La Ley*, número 8736, 7 de abril de 2016, esp. p. 4, en defensa además del reconocimiento del derecho a la última palabra para las personas jurídicas en igualdad de condiciones que para las personas físicas debiendo resolver su naturaleza «impersonal».

159. Véase también discusión en informe del Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos 2016, «La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal», *Diario La Ley*, número 8915, 6 de febrero de 2017, pp. 11 y ss

160. O en palabras de Gómez-Jara, «l*a acusación tiene la carga de la prueba respecto de una parte del hecho propio de la persona jurídica —salvaguardando la lógica del modelo de autorresponsabilidad— pero al mismo tiempo la defensa tiene la carga de la prueba respecto del citado hecho propio*»; así Gómez-Jara Díez, C., «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *Diario la Ley*, número 8724, 17 de marzo de 2016, p. 13. En la misma línea Zugaldía Espinar, «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas…», *op. cit.*, afirmando que «l*a prueba de la existencia y buen funcionamiento de un Programa de cumplimiento como forma exonerativa de la culpabilidad de la persona jurídica, le corresponde a la defensa, pero con la salvedad (importante) de que una acusación "activa" debe intentar llevar al Juez o Tribunal a la convicción de lo contrario, desmontando los argumentos que la defensa alegue en este sentido*» (p. 20).

161. Así SSTS 516/2016, de 13 de junio, o 583/2017, de 19 de julio, en las que de nuevo se pone en cuestión, respectivamente, tanto el tema del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas como el estatuto procesal de las mismas.

el alto Tribunal concluye su posición a este respecto con un interesante párrafo en el que pone también de relieve su punto de vista sobre el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas[162]; así, a la par y de un plumazo, parece querer resolver el tema tanto desde la perspectiva penal como procesal. En efecto se afirma que «*en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad de delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad*»[163]. En suma, se reconoce el modelo de autorresponsabilidad penal por defecto de organización (delito corporativo) al tiempo que idénticas garantías procesales para la persona jurídica que para la persona física,[164] cuestión esta ultima que tampoco está exenta de debate en la literatura[165] pese a la prescripción contenida en el art. 786 bis LECrim.

5. Reflexión final

Hasta aquí se ha intentado poner de relieve tanto antecedentes como panorama actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con la adopción de tales programas o modelos de cumplimiento (*compliance*) y su funcionamiento como eximente/atenuante en el proceso penal a tenor de la

---

162. En esta línea Gómez-Jara Díez, C., «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, número 8830, 23 de septiembre de 2016, esp. pp. 8 y ss, entendiendo que precisamente la noción de «delito corporativo» utilizada por la Sala y diferenciada del delito individual cometido por persona física es la que atiende al modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas por defecto de organización.

163. F.J. 5 B) XI, anulando la condena de la entidad mercantil recurrente precisamente por motivos procesales y así, en concreto, la falta de imputación formal de la persona jurídica acusada que ha de ser distinta y diferente de aquella practicada en la persona física, atendiendo a su singularidad. Por ello que la Sala exige «algo más» para condenar a la persona jurídica además de la comisión de delito por persona física, en suma, valorar «*la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención*» (F.J. 5 D) XIV).

164. En contra Dolz Lago, M. J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas versus delito corporativo?», *Diario La Ley*, número 8856, 4 de noviembre de 2016, entendiendo que la interpretación judicial aquí defendida otorga «*más derechos penales a las personas jurídicas que a las físicas*» (p. 8) considerando que tiene lugar la atribución de carga probatoria respecto de las eximentes a la acusación en el primer caso y no a la defensa como ocurre en el segundo.

165. Así, en comentario a esta misma sentencia, Del Rosal Blasco, B., «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular número 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, número 8732, 1 de abril de 2016, esp. p. 12, utilizando la analogía del caso norteamericano, donde el Tribunal Supremo ha denegado el derecho a no declarar contra sí mismas a las personas jurídicas y el cual se encuentra expresamente previsto en art. 786 bis LECrim. Ciertamente el autor no propugna la supresión aquí y ahora de este derecho al tiempo sino que matiza su postura defendiendo que las personas jurídicas pueden participar del reconocimiento de idéntico catálogo de derechos procesales «*pero no de la misma forma*».

actual redacción del art. 31 bis CP. Si bien parece resultar clara de la antedicha interpretación jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo la existencia de una auténtica responsabilidad de las personas jurídicas en cuanto autónoma e independiente de la de las personas físicas, derivada de defectos organizativos o estructurales de la empresa[166], no resulta tan claro en cambio el funcionamiento de tales modelos de cumplimiento en el seno del proceso penal; aún cuando, ciertamente, parece posible su consideración en momentos procesales diferentes, existen mayores dudas en cambio sobre otra problemática y así, por ejemplo y en concreto, el nivel de exigencia que han de reunir para considerarse «efectivos»[167]. A mayor abundamiento y desde la perspectiva económico-empresarial, se suma la preocupación de las personas responsables de la adopción y funcionamiento de tales programas de cumplimiento (*compliance officer/Chief Compliance Officer* o *Controller* jurídico/*Chief Counsel Compliance*[168]) por su posibilidad de convertirse en «chivo expiatorio» de la responsabilidad penal de la persona jurídica, eludiendo en cambio esta última su imputación y/o condena[169].

Por esta razón que, en concreto, preocupa desde la perspectiva económico empresarial cuestiones como la interpretación del contenido que han de conformar tales modelos o sistemas de control, especialmente desde la práctica actual, así como la nueva responsabilidad adquirida por este experto fiscal o contable en su papel de oficial o director de cumplimiento con el temor de que resulte excesiva[170]. No en vano resulta patente el incremento de su responsabilidad en proporcionar el debido control y vigilancia en el cumplimiento y

---

166. Así el modelo de «hecho por conexión» para fundamentar el "hecho propio" de la persona jurídica; *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas…», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

167. En ambos casos GIMENO BEVIÁ, J., «Líneas básicas en la elaboración de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 138 y ss., proponiendo tres momentos procesales diferentes para la evaluación de tales programas de cumplimiento: en fase de instrucción, en fase de juicio oral como elemento probatorio y post-sententiam, por analogía con las US FEDERAL SENTENCING GUIDELINES. A su vez afirma que «por "efectivo" no cabe entender "perfecto", ya que si fuera así, obviamente no existiría responsabilidad criminal» sino que dicho carácter se reúne cuando, «*aunque el programa falle, la empresa ha mostrado una actitud diligente y haya hecho todo lo posible para evitar el delito que se ha cometido»;* esto «*es lo que debería tener el juez en cuenta para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas*» (p. 141).

168. Por ello la «bicefalia» de competencias de tal oficial de cumplimiento, asesor fiscal/contable por una parte y asesor jurídica por otra, de ahí la diferente nomenclatura; así LUQUE VILCHEZ, M., MARTÍNEZ GONZÁLEZ, B. y MESA PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 3.

169. En esta línea, NIETO MARTÍN, A., «Cosmetic use and lack of precision in compliance programs: any solution?», *Eucrim*, número 3, 2012, pp. 124-127, esp. p. 124 en alusión al scapegoat.

170. En esta línea, MESA PÉREZ, E. y LUQUE VILCHEZ, M., *op. cit.*, p. 37, advirtiendo de la carga de responsabilidad que se le «avecina» al *compliance officer*. Sobre la responsabilidad del asesor (jurídico, contable, fiscal, etc.) en términos generales, Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 79 y ss., afirmando que se trata de una responsabilidad penal «*previa a la comisión del hecho delictivo*» pues en la actividad delictiva puede verse involucrado «*cualquier profesional que preste sus servicios de asesoramiento*» (p. 79).

adopción de tales modelos organizativos o de gestión[171], actuando a modo de «policía malo» (*intraneus,* cara a directivos y empleados) y «policía bueno» (*extraneus,* cara a la sociedad)[172]. Por ello la cada vez mayor publicitación de manuales de *compliance*, guías y páginas web[173] ofrecidas como servicio de empresas especializadas desde los más diversos sectores —especialmente jurídico[174]— olvidando en ocasiones que el modelo de *compliance* debe ser un «sistema» completo o modelo de organización/gestión y no un mero cuerpo normativo.

Así también y de forma importante, interesa la revisión periódica[175] que debe operar de tales modelos de organización o gestión al igual que su control que hoy día sólo tiene lugar por autoridades de naturaleza privada como es el caso de AENOR a partir de las directrices UNE-ISO 19600:2015, UNE 19601:2017 y UNE-ISO 37001:2017 en adaptación por parte de la Asociación Española de Normalización de aquellos estándares de *compliance* penal procedentes de la Organización Internacional de Normalización y a su vez de otros precedentes extranjeros[176]. En este sentido la comparación con otros sistemas de Derecho Comparado se presenta útil en tanto en cuanto resulta exigible la implantación

---

171. Al respecto y en particular, Bermejo, M. G. y Palermo, O., «La intervención delictiva del compliance officer», en Kuhlen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina Gimeno, I., *op. cit.*, pp. 171-205, esp. pp. 183 y ss., exponiendo como la responsabilidad penal del CO puede tratarse de varios tipos y entre ellos, una responsabilidad por imprudencia en el caso de la infracción de los deberes de cuidado, en este caso «*deber de establecer estructuras organizativas*».

172. Simil de «policía malo» y «policía bueno» tomado de Zugaldía Espinar, J. M., «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas…», *op. cit.*, p. 31.

173. Entre los primeros y a modo de ejemplo de manual destaca el *Diccionario de compliance* editado por Marsh Risk Consulting arriba mencionado; así también el manual editado por Wolters Kluwer bajo el título *Especial eficacia y certificación de los programas de compliance penal* disponible en www.smarteca.es y acompañado de la herramienta digital ComplyLaw. En el apartado de guías destaca la elaborada desde la perspectiva económico-empresarial por Puyol, J., *Guía para la implantación del compliance en la empresa*, Bosch, Barcelona, 2017, así como el informe editado por Thomson Reuters Dossier compliance y norma UNE 19601, de fecha de abril 2017 y disponible de modo gratuito en enlace www.thomsonreuters.es/es/soluciones/dossier-compliance-une-abogados.html?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=395-Dossier_UNE19601 (fecha de consulta: 10 de octubre de 2017). Finalmente, en cuanto al apartado de páginas web son muchas las proporcionadas por consultoras y despachos de abogados en ofrecimiento de sus servicios y así, por ejemplo y entre otras, www.eurocontrol.es y www.grupotutela.com/consultoria/compliance-penal. Como postdata y desde una perspectiva jurídico-práctica cabe asimismo mencionar el ejemplar *La reforma del Código Penal Compliance a debate: 20 despachos analizan la situación*, editado por Lawyerpress y disponible en enlace www.lawyerpress.com/news/2012_05/080512_007.html (fecha de consulta: 10 de octubre de 2017).

174. A modo de ejemplo, «Nota informativa sobre la necesidad de las empresas de implementar un modelo de prevención de delitos tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal que entró en vigor el 1 de julio de 2015» puesta a disposición por despacho jurídico Life Abogados y disponible en enlace www.lifeabogados.com/download/modelo-de-prevencion-de-delitos-en-empresas.pdf (fecha de consulta: 11 de octubre de 2017). El mismo despacho, como muchos otros, realiza labor de formación y asesoría a empresas proporcionando informes en materia de evaluación de riesgos e implantación de medidas de protección.

175. Así la verificación y revisión de cada modelo concreto en plazo oportunamente fijado, de ordinario entre uno y tres años; en esta línea, Puyol, J., *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, esp. pp. 37 y ss.

176. Se cita en concreto el estándar AS 3806:2006 publicado por Standards Australia como «*primer texto de alcance general con recomendaciones en la comunidad internacional y siendo la base de preparación del estándar internacio-*

de un sistema de auditoría externa supervisado por autoridades públicas a modo de entidades certificadoras, tal y como ha sido reclamado desde algún sector doctrinal[177]; así, la *Foreign Corrupts Practice Act* (FCPA) 1977 implantada en Estados Unidos se perfila como el mejor ejemplo para ello en exigencia de esta auditoría externa por entidades independientes en cumplimiento de las directrices supervisada por la *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB)[178]. Ello aún cuando la auditoría externa por sí sola tampoco se presenta como escudo invulnerable contra la responsabilidad penal de la persona jurídica a modo de «inmunidad empresarial» como ha podido comprobarse a la luz de la experiencia en imputación de ambas empresas, auditora y auditada, tanto en nuestro país (caso *Bankia*, donde resultó imputada *Deloitte*[179]) como allende los mares (caso *Enron* auditada por *Andersen*[180]) y por ello la necesidad de mejorar el sistema de auditación en la línea propuesta.

Quedan otros temas en el tintero, ahora de imposible análisis pero de indudable relevancia, como son los instrumentos de control que forman parte importante del contenido de los modelos de cumplimiento o *compliance* penal; así, por una parte, las investigaciones internas realizadas o encargadas por la propia empresa (la denominada «autolimpieza»[181]) y por otra, los canales internos

---

nal ISO 19600:2014 sobre sistemas de gestión de compliance»; textualmente CASANOVAS, A., «Presentación», *Sistemas de gestión de compliance, compliance penal y antisoborno*, AENOR, Madrid, 2017, pp. 7-9, esp. p. 7.

177. Así NIETO MARTÍN, A., «Cosmetic use and lack of precision in compliance programs…», *op. cit.*, esp. p. 125, si bien pone de relieve el riesgo de que tal sistema de certificación sea mero «maquillaje» provocando la creación de un mercado de certificaciones interesado en «vender certificados de buena conducta». Sobre la labor de auditoria véase también GIMENO BEVIÁ, J., «Líneas básicas en la elaboración de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 157 y ss.

178. *Vid. FCPA. A resource guide to the U.S. Foreignt Corrupt Practices Act,* editada por la *Criminal Division of the US Department of Justice y la Enforcement Division of the US Securities and Exchange Commission*, 14 de noviembre de 2012, disponible en enlace www.documentcloud.org/documents/515229-a-resource-guide-to-the-u-s-foreign-corrupt.html (fecha de consulta: 10 de octubre de 2017), esp. p. 45.

179. Ampliamente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso Bankia», *La Ley Penal*, número 102, 1 de mayo de 2013. El caso también ha tenido una importante trascendencia procesal, por cuanto el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 4 (titular: Fernando Andreu) procedió a la valoración del sistema de compliance presentado por Deloitte para descargo de su responsabilidad penal conforme art. 31 bis.2 CP en fase de instrucción y no en el juicio oral como hasta ahora había sido defendido y así se indicó más arriba; de este modo se entendió acreditada, tanto la existencia de Manual de Compliance como la existencia de sistema de control de calidad adecuado por parte de Deloitte, y así dictado de auto de sobreseimiento respecto de su imputación dejando subsistente únicamente su responsabilidad civil. Al respecto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del Juzgado central de instrucción número 4 (caso Bankia)», *Diario La Ley*, número 9018, 11 de julio de 2017.

180. Por ello, se ha dicho, el increíble aumento de *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) que ha tenido lugar en Estados Unidos a partir del gobierno Bush en los últimos años a partir del efecto Andersen, fruto del principio de oportunidad puro del que disfruta el Ministerio Fiscal en este país; así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pp. 75 y ss. En clara crítica de los mismos para el caso comentado, STEINZOR, R., *Why not in jail? Industrial catastrophes, corporate malfeaasance, and government inaction*, Cambridge University Press, New York, 2013, pp. 256 y ss.

181. En especial, con esta rúbrica, MONTIEL, J. P., «Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en KUHLEN, L., MONTIEL, J. P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pp. 221-243; así también MONTIEL, J. P., «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», en MIR PUIG, S. *et al.,*

o externos de denuncia por parte de los propios empleados o trabajadores (*whistleblowing*)[182], en ambos casos en conflicto a menudo con los derechos de tales trabajadores o empleados, fundamentalmente derecho a la intimidad y/o secreto a las comunicaciones derivado del propio art. 18 CE y protegido por art. 197 CP[183]. Así también cabría encajar aquí en relación con la eficacia del *compliance* el estudio de temas complementarios desde la perspectiva de la «ética empresarial» y así actividades delictivas como la corrupción privada; ésta está presente en casos como los ya citados (*Enron*/*Arthur Andersen, Siemens*, *Bankia*…), donde la conducta lesiva no sólo proviene de la persona jurídica-empresa sino también, siquiera en términos equiparables, de sus directivos[184].

Agotado ya el espacio que me proponía para estas líneas, concluyo con la referencia realizada al inicio de las mismas en sintonía con el pensamiento de Fernando de los Ríos: «*si tendemos a una comunidad de hombres libres en una sociedad económicamente disciplinada, resulta imprescindible el control de los mercados y de las operaciones económicas y financieras para prevenir los riesgos que genera*»[185]. Sólo, ahora, «el tiempo lo dirá» respecto del desarrollo y la eficacia del *compliance* como método preventivo de responsabilidad empresarial en una suerte de responsabilidad penal *ex ante.*

6. Bibliografía

Abanto Vásquez, M. A., «Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales», *Revista Penal*, número 26, 2010.

---

op. cit., pp. 487-517, entendiendo con ello opera una «*privatización del control de la criminalidad*» (p. 487). Desde la perspectiva procesal Nieva Fenoll, J., «Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio», *Jueces para la democracia*, número 86, 2016, pp. 80-91.

182. Derivado del término anglosajón traducible como «informante» o, más peyorativamente, «soplón, chivato» y realizándose también diferencias entre denuncias «internas» (esto es, dentro de la empresa con destino por ejemplo al compliance officer respecto de conductas de los directivos u otros empleados de la compañía) y aquellas «externas» (esto es, denuncias realizadas a terceras personas o instituciones como policía, administración de Justicia, medios de comunicación, respecto de actividades ilícitas realizadas en la empresa); así, Ragués i Vallés, R., «El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad organizativa: *whistleblowing* interno vs. *whistleblowing* externo», en Mir Puig, S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 459-517, esp. pp. 465 y ss.

183. Así, por ejemplo, Montiel, J. P., *op. cit.*, pp. 235 y ss., haciendo referencia a los investigadores que proceden a la denominada «autolimpieza» empresarial y los que pueden invadir el espacio de la intimidad personal de los trabajadores; en particular Gómez Martín, V., «Compliance y derechos de los trabajadores», en Mir Puig, S. *et al*., *op. cit.*, pp. 421-458, en relación con la tensión producida entre la práctica de sendos mecanismos de control y los derechos fundamentales de los trabajadores.

184. En particular, Corcoy Bidasolo, M., «Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliance», en Mir Puig, S. *et al*., *op. cit.*, pp. 161-194,

185. Zugaldía Espinar, J. M., «Societas delinquere potest…», *op. cit.*, p. 9, de quien recojo textualmente la frase citada cuya primera parte procede de Fernando De los Ríos como se hizo constar al inicio de este trabajo.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el actuar en nombre de otro tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio», en PÉREZ GIL, J. y DE ROMÁN PÉREZ, R. (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar. Libro conmemorativo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Servicio de Publicaciones e Imagen institucional, Universidad de Burgos, 2011.

ANZALONE, A., «Teoría, dogmática y ficción en el Derecho Penal: ¿*societas puniri potest*? La perspectiva de la teoría comunicacional del Derecho y las dificultades del enfoque ideal-formalista», *Cuadernos de Política Criminal*, número 121, 2017.

APARICIO DÍAZ, L., «Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica», *Diario La Ley,* número 7657, 22 de junio de 2011.

ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites,* Marcial Pons, Madrid, 2013.

AYALA DE LA TORRE, J. M., «Algunas reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal. El concepto del buen ciudadano corporativo en el marco de una cultura de cumplimiento», disponible en enlace www.elderecho.com/tribuna/penal/reflexiones-responsabilidad-penal-buen-ciudadano-cumplimiento-normativo-compliance_11_961555001.html.

BACHMAIER WINTER, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*», *Diario La Ley*, número 7938, 5 de octubre de 2012.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Bosch, Barcelona, 1998.

BACIGALUPO SAGESSE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley,* número 7541, 5 de enero de 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Culpabilidad y persona jurídica», en MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (Dir.), *I congreso hispano-italiano de Derecho Penal económico,* Universidade da Coruña, A Coruña, 1998.

BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas,* La Ley, Madrid, 2011.

BAUCÉS LLADÓS, J. y MAURO, C., «Vers l'introdution de la responsabilicé pénale des personnes morales en droit espagnol», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, número 4, 2009.

BERENGUER PASCUAL, S., «Exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Ley vigente y críticas al nuevo Proyecto de reforma», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 73, 2013.

BERGMANN, J., «Corporate crime, Kriminalitätstheorie und Organisationssoziologie», *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform,* número 1, 2016.

BETANCOR, A., «Derecho Administrativo Sancionador en el sistema jurídico británico: Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008», *Revista General de Derecho Administrativo*, número 19, 2009.

BLANCO CORDERO, I., «Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* número 13, 2011, 13-r2, www.criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13.html.

BONZÓN RAFART, J. C., *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas,* Depalma, Buenos Aires, 1993.

Burgos Ladrón de Guevara, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales», *Diario La Ley*, número 7625, 9 de mayo de 2011.

Campaner Muñoz, J., «La desafortunada supresión del principio *societas delinquere non potest* en España», *El Notario*, número 36, 2011.

Carbonell Mateu, J. C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010», *Cuadernos de Política Criminal*, número 101, 2010.

Cardona Torres, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7699, 21 de septiembre de 2011.

Carnevali Rodríguez, R., «La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación», *Revista de Derecho Penal,* número 33, 2011.

Casanovas, A., «Presentación», *Sistemas de gestión de compliance, compliance penal y antisoborno,* AENOR, Madrid, 2017.

Cátedra de Investigación Financiera y Forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley,* número 7483, 6 de octubre de 2010.

Cigüela Sola, J., «El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica», *InDret,* número 1, 2016, http://www.indret.com/pdf/1200.pdf.

Clemente Casas, I. y Álvarez Feijóo, M., «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)», *Actividad jurídica Uría y Menéndez,* número 28, 2011.

Coffee, J. C. J., «"No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment», *Michigan Law Review*, número 3, 1981.

Cuadrado Ruiz, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante … ¿un paso hacia atrás?», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 12, 2007.

Cugat Mauri, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *ne bis in idem*», *Revista General de Derecho Penal*, número 17, 2012.

De Hoyos Sancho, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas», *Revista General de Derecho Procesal,* número 43, 2017.

De la Cuesta Azarmendi, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista electrónica de la AIDP*, número A-05, 2011, www.penal.org/es/publicaciones-aidp-iapl y *Revista Peruana de Ciencias Penales,* número 26, 2013.

De la Cuesta Azarmendi, J. L. (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

De la Cuesta Azarmendi, J. L. y Pérez Machío, A. I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», en Pérez Machio, A. M., De la Cuesta Arzamendi, J. L. y Ugartamendia Eceizabarrena, J. I. (Dirs.), *Europa Inklings (EUi): Armonización penal en Europa,* Editorial IVAP, San Sebastián, 2013.

De la Mata Barranco, N. J., «Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español», *Revista Penal,* número 33, 2014.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., BILBAO LORENTE, M. y ALGORTA BORDA, M., «La atribución penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», *La Ley Penal*, número 87, 2011.

DE NAUW, A., «L'évolution jurisprudentielle de la notion de responsabilicé pénale dérivée des personnes morales en droit français, vue par un pénaliste belge», *Revue de droit penale et criminologie,* número 4, 2011.

DE PRADA RODRIGUEZ, M. y SANTOS ALONSO, J., «El nuevo escenario de la reforma del Código Penal: los programas de *compliance*», *Diario La Ley,* número 8422, 17 de noviembre de 2014.

DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., «¿Responsabilidad penal para los entes sociales?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, número 1, 2009.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativos», *Diario La Ley,* número 7670, 11 de julio de 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular número 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, número 8732, 1 de abril de 2016.

DELGADO SANCHO, C., «Autoría y participación en la comisión del delito: la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015», *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal,* número 46, 2017.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Straftrechtliche Verantworlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen», *Goltdammer's Archiv für Straftrecht,* número 5, 2016.

DOLZ LAGO, M. J., «Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía general del Estado 1/2011», *Diario La Ley,* número 7665, 4 de julio de 2011.

DOLZ LAGO, M. J., «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», *Diario La Ley,* número 8796, 5 de julio de 2016.

DOLZ LAGO, M. J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas *versus* delito corporativo?», *Diario La Ley,* número 8856, 4 de noviembre de 2016.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos», *Diario La Ley*, número 7796, 13 de febrero de 2012.

ECHARRI CASI, F. J., «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», *Diario La Ley,* número 7632, 18 de mayo de 2011.

ESCALADA LÓPEZ, M. L., «Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real», en JIMENO BULNES, M. y PÉREZ GIL, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del Derecho procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva,* Bosch, Barcelona, 2016 y *Revista General de Derecho Procesal*, número 41, 2017.

ESER, A., HEINE, G. y HUBER, B. (Eds.), *Criminal responsability of legal and collective entibies. International Colloquium Berlin 1998,* Iuscrim, Freiburg, 1998.

Feijóo Sánchez, B., «Problemas de imputación objetiva en el Derecho Penal económico y empresarial», en Serrano Piedecasas, J. R. y Demetrio Crespo, E. (Dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial,* Colex, Madrid, 2010.

Ferré Martinez, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011.

Fidelbo, G., «Enti publicci e responsabilità da reato», *Cassazione penale*, número 12, 2010.

Frisch, W., «Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación*», Cuadernos de Política Criminal*, número 121, 2017.

Galán Muñoz, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad», *Revista General de Derecho Penal,* número 16, 2011.

Gallego Díaz, M., «Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español», *Revista penal,* número 31, 2013.

Garau Albertí, C., «Derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica», *Diario La Ley,* número 9032, 1 de septiembre de 2017.

García García, M. A. (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Comparado y Derecho Comunitario,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

Gascón Inchausti, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Gimeno Beviá, J., «Líneas básicas en a elaboración de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas» en González-Cuellar Serrano, N. (Dir.), *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2013.

Gimeno Beviá, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Gimeno Beviá, J., «La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de *compliance* en el proceso penal por personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 8437, 9 de diciembre de 2014.

Gimeno Beviá, J., «Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen», *Revista Penal,* número 37, 2016.

Gimeno Beviá, J., «Problemas que plante el enjuiciamiento de los partidos políticos», *Revista General de Derecho Procesal*, número 43, 2017.

Gómez Martín, V. y Navarro Massip, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 1, 2016.

Gómez Tomillo, M.*, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español,* Lex Nova, Valladolid, 2010.

Gómez Tomillo, M., «The criminal liability of legal persons and Administrative Sancioning Law: criteria for the objective attribution of liability», *European Review of Public Law,* número 2, 2014.

Gómez Tomillo, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario la Ley,* número 8747, 22 de abril de 2016.

Gómez Tomillo, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba dela idoneidad de los programas de cumplimiento», *Diario La Ley,* número 8861, 11 de noviembre de 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 8, 2006, www.criminet.ugr.es/recpc/.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una anticrítica al simil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel», *Política criminal,* número 10, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley,* número 7534, 23 de diciembre de 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La nueva responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (artículo 32 bis del Código Penal)», *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, número 33, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales», *Diario La Ley*, número 8632, 26 de octubre de 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, número 8830, 23 de septiembre de 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «*Compliance* y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del Juzgado central de instrucción número 4 (caso Bankia)», *Diario La Ley*, número 9018, 11 de julio de 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, P. (Coords.), *El Derecho Procesal español del siglo xx a golpe de tango. Juan Montero Aroca: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., «Imputación de personas jurídicas y derecho al a no colaboración activa», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 40, 2016.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley,* número 7501, 3 de noviembre de 2010.

GRECO, L., «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafen und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* número 9, 2015.

GRUNER, R. S., *Corporate criminal liability and prevention,* Law Journal Press, New York, 2004.

GRUNER, R. S., «Risk and response: organizational due care to prevente misconduct», *Wake Forest Law Review,* volumen 39, 2004.

GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal», *Revista jurídica de Castilla y León,* número 43, 2017.

GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Gutiérrez Pérez, E., «La Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado», *Diario La Ley*, número 8707, 22 de febrero de 2016.

Heine, G., *Die strafrechtliche Verantworlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Jimeno Bulnes, M., «El proceso penal en los sistemas del *Common Law* y *Civil Law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo xxi», *Justicia*, número 2, 2013.

Kuhlen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal,* Marcial Pons, Madrid, 2013.

Liñán Lafuente, A., «Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores de las sociedades», *Diario La Ley*, número 8220, 30 de diciembre de 2013.

Llorente Sánchez-Arjona, M., «La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal», *Revista General de Derecho Procesal,* número 29, 2013.

Luque Vilchez, M., Martinez Gonzalez, B. y Mesa Pérez, E., «Nuevos tiempos para el experto fiscal y contable: la reforma 1/2015 del Código penal y el *compliance* corporativo», *Revista contable*, número 50, 2016.

Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Magro Servet, V., «Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal)», *Diario La Ley*, número 7633, 19 de mayo de 2011.

Magro Servet, V., «Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales», *La Ley Penal*, número 87, 2011.

Marchena Gómez, M., «Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Abogacía española*, número 103, 2017.

Marín de Espinosa Ceballos, E. B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso Bankia», *La Ley Penal*, número 102, 1 de mayo de 2013.

Marsh Risk Consulting, *Diccionario de compliance*, Servicio de Estudios Marsh España, Madrid, 2016.

VV. AA., *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas,* Memento Experto Francis Lefebvre, Lefevbre-El Derecho, Madrid, 2015.

Mesa, E. y Luque, M., «El nuevo reto del auditor en España: el "compliance" penal», *AECA. Revista de la Asociación Española de Contabilidad y de Administración de Empresas*, número 118, 2017.

Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (Dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.

Molina Fernández, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el valor de π», *Abogacía Española,* número 103, 2017.

Molina Mansilla, M. C. y Molina Mansilla, L., «La nueva regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la modificación de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *La Ley Penal,* número 125, 1 de marzo de 2017.

Morales García, O., «La persona jurídica ante el Derecho y el proceso penal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez,* número extra 1, 2011.

MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un incesante escenario de inestabilidad normativa», *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, número 32, 2013.

NAVARRO MASSIP, J., «El estatuto procesal de la persona jurídica como responsable penal», *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 4, 2015.

NEIRA PENA, A. M., «La interceptación de las comunicaciones de la persona jurídica investigada», *Justicia,* número 2, 2016.

NEIRA PENA, A. M., «La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica», *Diario La Ley*, número 8736, 7 de abril de 2016.

NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo,* Iustel, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa», *Política criminal,* número 5, 2008.

NIEVA FENOLL, J., «Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio», *Jueces para la democracia*, número 86, 2016.

NISCO, A., «Verantworlichkeit juristischer Personen in italienischen Recht», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* número 9, 2010.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2010 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS – KPMG, «Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, número 7626, 10 de mayo de 2011.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE REY JUAN CARLOS – KPMG, «Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente», *Diario La Ley,* número 7834, 10 de abril de 2012.

OBSERVATORIO DERECHO PENAL 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE URJC – KPMG, «Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley,* número 7691, 9 de septiembre de 2011.

OBSERVATORIO DERECHO PENAL 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE URJC – KPMG, «Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley,* número 7752, 12 de diciembre de 2011.

OBSERVATORIO DERECHO PENAL 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE URJC – KPMG, «Implicaciones de la elaboración por la Fiscalía General del Estado de la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley,* número 7758, 20 de diciembre de 2011.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2016,, «La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal», *Diario La Ley*, número 8915, 6 de febrero de 2017.

OSUNA MARTINEZ-BONÉ, F. y RUEDA ÁLVAREZ, J. C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 1/2015 y medidas para evitarla: *corporate compliance*», *La Toga*, número 191, 2015.

PALMA HERRERA, J. M. y AGUILERA GORDILLO, R., *Compliances y responsabilidad penal corporativa,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Paulesu, P. P., «Responsabilità "penale" degli enti e regole di giudizio», *Rivista di Diritto Processuale,* número 4-5, 2013.

Pedraz Penalva, E., «Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra las personas jurídicas», *La Ley Penal,* número 101, 2013.

Pedraz Penalva, E., Pérez Gil, J. y Cabezudo Rodriguez, N., «Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Pérez Gil, J., «Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García, J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Pérez-Cruz Martín, A. J. (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas,* Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Portal Manrubia, J., «La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código penal», *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 6, 2010.

Portal Manrubia, J., «El enjuiciamiento penal de la persona jurídica», *Diario La Ley*, número 7769, 4 de enero de 2012.

Preciado Domenech, C. H., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su interpretación por el Tribunal Supremo», *Jueces para la democracia*, número 87, 2016.

Puyol, J., *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Puyol, J., *Guía para la implantación del compliance en la empresa*, Bosch, Barcelona, 2017.

Robles Planas, R., «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley,* número 7705, 29 de septiembre de 2011.

Rodriguez García, N., «La obligada reforma del *sistema* penal para implantar un *modelo* de responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, número 24, 2011.

Rodriguez García, N., «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», *La Ley Penal,* número 113, 2015.

Rodriguez Ramos, L., «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, número 7561, 3 de febrero de 2011.

Rodriguez Ramos, L., «La culpabilidad en los delitos cometidos por persona jurídica. El delito de "sospecha blindado" y la responsabilidad objetiva "impura" en la Circular 1/2010 de la FGE», *Diario La Ley,* número 7694, 14 de septiembre de 2011.

Rogall, K., «Kriminalstrafen gegen juristische Personen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* número 5, 2015.

Sánchez Domingo, M. B., «Consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos de Política Criminal*, número 104, 2011.

Sánchez Melgar, J., «Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 69, 2012.

Sánchez Melgar, J., «Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 79, 2015.

Sánchez Melgar, J., «La carga de la prueba en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: de la cuadratura del círculo a la reconciliación», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, número 87, 2017.

SCHÜNEMANN, B., *Unernehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantworlichkeit der Uneternehmen und ihrer Führungskrafte nach geltendem und geplantem Straf— und Ornungswiedrigkeitenrecht*, Heymann, Köln, 1979.

SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* número 2, 1988.

SCHÜNEMANN, B., «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts — Ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, número 1, 2014, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_1_789.pdf.

SERRANO GÓMEZ, A., «Societas delinquere non potest», *Boletín Facultad de Derecho,* número 11-12, 1984.

SERRANO ZARAGOZA, O, «Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal», *Diario La Ley,* número 8416, 6 de noviembre de 2014.

SOLÉ RAMÓN, A. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del Derecho Penal y del proceso penal», *Revista General de Derecho Penal*, número 13, 2010.

SOLER PASCUAL, L. A. (Dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007.

STEINZOR, R., *Why not in jail? Industrial catastrophes, corporate malfeaasance, and government inaction,* Cambridge University Press, New York, 2013.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

TIEDEMANN, K., *Wirtshaftsstrafrecht und Wirtschäftskriminalität,* tomo I, Rowohlt, Reinbeck, 1976.

TIEDEMANN, K. (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht: Beitrag zum Problem der Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr,* Heymann, Köln, 1980.

TIEDEMANN, K., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Penal,* 1996, www.perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#1996.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», *La Ley Penal*, número 77, 2010.

URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 57/2010: perspectiva de *lege data», Estudios penales y criminológicos,* volumen XXXII, 2012.

VALLS PRIETO, J., «Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿son responsables los partidos políticos y sindicatos?», *Cuadernos de Política Criminal*, número 104, 2011.

VELA MOURIZ, A., «Las claves de la primera condena penal del TS a Personas Jurídicas (STS 154/2016, de 29 de febrero)», *Diario La Ley,* número 8713, 2 de marzo de 2016.

VELASCO NUÑEZ, E., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales», *Diario La Ley,* número 7883, 19 de junio de 2012.

VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «Responsabilidad penal de las empresas ¿cómo probar el debido control», *Diario La Ley,* número 7794, 9 de febrero de 2012.

VERCHER NOGUERA, A., «Algunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto medioambiental comunitario», *Diario La Ley*, número 8805, 18 de julio de 2016.

Vermeulen, G., De Bondt, W. y Rickman, C., *Liability for legal persons for offences in the EU,* Maklu, Antwerpen/Apledorn/Portland, 2012.

Villegas García, M. A., «Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero», *Diario la Ley,* número 8721, 14 de marzo de 2016.

Villegas García, M. A. y Encinar del Pozo, M. A., «El yates memo: o todo o nada (A propósito del papel del Ministerio fiscal en la exigencia de responsabilidad penal a las grandes corporaciones)», *Diario La Ley*, número 8945, 21 de marzo de 2017.

VV. AA., «Focus: liability of legal persons»*, Eucrim*, número 3, 2012.

VV. AA., *La reforma del Código Penal Compliance a debate: 20 despachos analizan la situación,* Lawyerpress, 2012, www.lawyerpress.com/news/2012_05/080512_007.html.

VV. AA., «Der Entwurf für ein Verbandsstrafgesetztbuch - Das Konzept und seine Folgefragung: Tagung am 13.06.2014 an der Universität des Saarlandes, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik»,*Zis*,número1,2015,http://www.zis-online.com/?sektion=2&language=ger.

VV. AA., *Especial eficacia y certificación de los programas de compliance penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

Wellner, P. A., «Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions», *Cardozo Law Review*, volumen 27, 2005.

Zugaldía Espinar, J. M., «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas», *Revista del Poder Judicial*, número 46, 1997.

Zugaldía Espinar, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Zugaldía Espinar, J. M., «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, número 76, 2010.

Zugaldía Espinar, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Zugaldía Espinar, J. M., «Teorías jurídicas del delito de ls personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de la conexión», *Cuadernos de Política Criminal*, número 121, 2017.

Zuñiga Rodriguez, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

PROCESSUS IUDICII

Director
Francisco Ramos Méndez

1. Ramos Méndez, F., *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004.
2. Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Criminal*, 2014, 11ª ed.
3. Escaler Bascompte, R., *La administración judicial*, 2004.
4. Ramos Méndez, F., *El sistema procesal español*, 2016, 10ª ed.
5. Furquet Monasterio, N., *Las comunicaciones procesales*, 2005.
6. Ramos Méndez, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, 2005.
7. Guasch Fernández, S., *El juicio cambiario*, 2006.
8. Ramos Romeu, F., *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, 2006.
9. Nieva Fenoll, J., *La cosa juzgada*, 2006.
10. Del Pozo Pérez, M., *Violencia doméstica y juicio de faltas*, 2006.
11. Escaler Bascompte, R., *El desahucio por falta de pago*, 2006.
12. Yélamos Bayarri, E., *Nulidad de actuaciones y comunicaciones judiciales fallidas*, 2006.
13. Nieva Fenoll, J., *Enjuiciamiento prima facie*, 2007.
14. Ortego Pérez, F., *El juicio de acusación*, 2007.
15. Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, 2008.
16. Bujosa Vadell, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, 2008.
17. Serra Domínguez, M., *Jurisdicción, Acción y Proceso*, 2008.
18. Sbert Pérez, H., *Investigación del Patrimonio del Ejecutado*, 2009.
19. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J. (Coord.), *La ejecución civil: problemas actuales*, 2009.
20. Serra Domínguez, M. (*Liber amicorum*), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, 2009.
21. Vázquez Sotelo, J. L. (*Liber amicorum*), *Rigor doctrinal y práctica forense*, 2009.
22. Calvo Sánchez, M., *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*, 2009.
23. Mallandrich Miret, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, 2010.
24. Pérez Daudí, V. (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, 2011.
25. Ruiz de la Fuente, M. C., *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, 2011.
26. Aliste Santos, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, 2011.
27. Pérez Daudí, V., *La protección civil de los derechos fundamentales*, 2012.
28. Gutiérrez-Alviz Conradi, F., *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, 2012.
29. Martín Ríos, Mª del P., *Víctima y justicia penal*, 2012.
30. Ramos Méndez, F., *El juicio civil*, 2015, 2ª ed.

31. Pérez Marín, Mª A., *La criminalidad en la Unión Europea: El camino hacia una jurisdicción penal común*, 2012.
32. Escaler Bascompte, R., *Medidas cautelares y ejecución*, 2013.
33. Pérez Daudí, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, 2013.
34. Calvo Sánchez, M. (*Liber amicorum)*, *Proceso*, *Eficacia y Garantías en la Sociedad Global*, 2013.
35. Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (*Liber amicorum*), *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo*, 2013.
36. Letelier Loyola, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, 2013.
37. Cachón, Picó, Riba, Ruiz (Coord.), *Problemas procesales del concurso de acreedores*, 2013.
38. Cachón Cadenas, M., *La ejecución procesal civil*, 2014.
39. Bilbao Berset, J., *La vis atractiva de los juzgados de violencia sobre la mujer*, 2014.
40. Ramos Méndez, F., *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, 2014.
41. Pérez-Cruz Martín, A. J., *Constitución y Poder Judicial*, 2015, 2ª ed.
42. Pérez-Cruz Martín, A. J., Suárez Robledano, J. M., *Independencia judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura*, 2015.
43. Martín García, A. L., Bujosa Vadell, L., L*a obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, 2016.
44. Hermoso de Mena, N., *Ejecución hipotecaria. Cuestiones registrales y procesales*, 2016.
45. Orriols Garcia, S., *El judici de petició de llegítima. Aspectes substantius i processals*, 2016.
46. Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, 2016.
47. Ramos Méndez, F., *Elogio de la Nada Procesal*, 2016.
48. Neira Pena, Ana Mª (Dir.), Bueno de Mata, F., Pérez Gaipo, J. (Coord.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, 2016.
49. Escaler Bascompte, R., *La carga de la prueba*, 2017.
50. Cachón Cadenas, Manuel, *Francisco Beceña: un procesalista de primera hora*, 2017.
51. Roca Martínez, J. Mª (Dir.), Loredo Colunga, M. (Secretario académico), *El proceso penal en ebullición*, 2017.
52. García-Perrote Forn, Mª Elena, *Los juicios paralelos. La incidencia de la publicidad del proceso penal en los derechos fundamentales*, 2017.
53. Pérez Daudí, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, 2018.
54. Navarro Villanueva C., *El Encarcelamiento femenino*, 2018.
55. IIDP y IIAPL, *La prueba en el proceso* / *Evidence in the process*, 2018.
56. Velázquez, S., *La corte constitucional del Ecuador y el estado constitucional de derechos y justicia*, 2018.

57. Castillejo Manzanares, R. (Dir.), Alonso Salgado, C. (Coord.), *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, 2019.

58. Miguel Barrio, Rodrigo, *Justicia Restaurativa y Justicia Penal. Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, 2019.*

59. Bueno de Mata F. (Dir.) y González Pulido I. (Coord.), *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, 2019.