

El proceso penal en ebullición

**II Memorial
Profesor Manuel Serra
Domínguez**

José María Roca Martínez

(Director)

Marcos Loredo Colunga

(Secretario Académico)

El proceso penal en ebullición

**II Memorial
Profesor Manuel Serra
Domínguez**



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.

© 2017 José María Roca Martínez (dir.), Marcos Loredó Colunga (secr. acad.)

© 2017 Atelier

Vía Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16311-90-3

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Índice

I. PROGRAMA DE LAS JORNADAS	11
II. PRESENTACIÓN	13
III. INAUGURACIÓN	15
1. Intervención del Prof. D. Fernando Gómez de Liaño González	17
2. Intervención del Prof. D. Francisco Ramos Méndez	23
3. Recuerdo Personal a cargo del Prof. D. Ramón Maciá Manso	25
4. Intervención de D. Santiago García Granda, Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo	27
IV. CONFERENCIA	29
El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de sus novedades y dificultades	31
<i>Sergio Herrero Álvarez</i>	31
1. Introducción	31
2. La nueva regulación de la asistencia letrada al detenido	32
3. La reforma de 2015 del secreto de las actuaciones judiciales	34
4. La modificación de la apelación contra sentencias absolutorias	36
5. Algunas dificultades y amenazas al derecho de defensa	39
V. MESA REDONDA. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS	45
1. Presentación	47
<i>Fernando Gómez de Liaño González</i>	47
2. Lucha contra la corrupción, decomiso y recuperación de activos	49
<i>Nicolás Rodríguez García</i>	49
2.1. El porqué de alguna de las reformas legales de 2015	49
2.2. Afronete integral del estudio del decomiso en el sistema penal español ...	51

2.3. La necesidad criminológica de contar con un decomiso eficaz y a la par garantista	53
2.4. Opciones legislativas en la regulación del decomiso en el marco de una política criminal de recuperación de activos	55
2.5. Reflexión final	58
3. Lucha contra la corrupción y recuperación de activos. Instrumentos penales y procesales y la intervención del Ministerio Fiscal	61
<i>Enrique Valdés-Solís Iglesias</i>	61
3.1. Introducción	61
3.2. Las funciones del Ministerio Fiscal en localización y realización de bienes . .	63
3.2.1. Las diligencias de investigación	63
3.2.2. En el proceso penal	66
3.2.3. El Procedimiento de decomiso autónomo	68
3.2.4. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA)	71
3.3. Análisis crítico de la situación actual	73
4. Aspectos procesales en los delitos contra la Hacienda Pública: liquidaciones tributarias, medidas cautelares y ejecución de sentencias	75
<i>Bernardo Blanco</i>	75
5. Conclusión	77
<i>Fernando Gómez de Liaño González</i>	77
VI. MESA REDONDA LA ACCIÓN POPULAR	79
1. La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio.	81
<i>Coral Arangüena Fanego</i>	81
1.1. Introducción y punto de partida: el reconocimiento de la acción popular en los textos legislativos	81
1.2. Límites objetivos	85
1.3. Límites subjetivos	87
1.3.1. Límites (o requisitos) procesales.	93
1.3.2. Límites jurisprudenciales: breve referencia a la doctrina «Botín» y «Atutxa»	95
1.3.3. Algunas reflexiones finales.	98
2. La acción popular bajo sospecha	101
<i>Jesús-Miguel Hernández Galilea</i>	101
Bibliografía	107
3. Reflexiones sobre la acción popular	109
<i>Javier Domínguez Begega</i>	109
VII. MESA REDONDA. ADR Y JUSTICIA RESTAURATIVA.	111
1. ADR y Justicia Restaurativa: la mediación	113
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	113
1.1. Justicia restaurativa.	113
1.2. Las ADR. La mediación	115

1.3. La mediación en España	117
1.3.1. La reforma del CP.	117
1.3.2. Ley del Estatuto de la víctima.	118
2. El arbitraje en el sistema de ADR	131
<i>Arturo Alvarez Alarcón</i>	131
3. La mediación como medio de solución de conflictos en el ámbito civil	133
<i>Miguel Álvarez de Linera Prado</i>	133
3.1. Introducción	133
3.2. Regulación nacional de la mediación	134
3.3. Principios rectores de la mediación.	135
3.4. La figura del mediador	138
3.5. El procedimiento de mediación.	139
3.6. La mediación intraprocesal	143
3.7. Tratamiento procesal de la mediación.	146
3.8. El futuro de la mediación	147
VIII. CONFERENCIA	149
Algunas cuestiones sobre la atribución al Fiscal de la instrucción en la reforma del Proceso Penal	151
<i>Jaime Moreno Verdejo</i>	151
1. Introducción	151
2. Una breve mirada a algunos sistemas del Derecho Comparado	154
3. ¿Instruir? Casos en que no es preciso	158
3.1. Propuesta de potenciación y rediseño de los juicios rápidos	161
4. Reparto de funciones Fiscal-Juez de garantías	164
5. Algunas cuestiones o reformas procesales que suscita la instrucción por el Fiscal.	167
5.1. Principio de oportunidad.	168
5.2. Acusación particular y popular	169
5.3. Testificales en instrucción, arts. 714 a 716 LECrim.	170
6. Conclusiones.	172
IX. COMUNICACIÓN	175
Problemas de la denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal	177
<i>Joan Picó i Junoy</i>	177
1. Precisiones previas	177
2. La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal.	180
2.1. Primera tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria	180
2.2. Segunda tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria.	183
3. Opinión personal: <i>in medio virtus</i>	185
X. ACTO DE CLAUSURA	187

PROGRAMA DE LAS JORNADAS



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

SEGUNDAS JORNADAS DE DERECHO PROCESAL MEMORIAL PROF. DR. D. MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

La Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, a iniciativa y en colaboración con la Fundación privada Manuel Serra Domínguez, organiza las segundas Jornadas de Derecho Procesal, Memorial Prof. Dr. D. Manuel Serra Domínguez, que se desarrollarán los días 13 y 14 de octubre en el Aula Magna del edificio histórico de la Universidad de Oviedo.

PROGRAMA

Jueves 13 de octubre

16.00 horas. INAUGURACIÓN

- Intervendrán: D. Santiago García Granda (Rector de la Universidad de Oviedo), D. Francisco Ramos Méndez (Fundación MSD), D. Fernando Gómez de Liaño (catedrático jubilado de la Universidad de Oviedo).
- Recuento personal de D. Manuel Serra Domínguez a cargo de D. Ramón Maciá Manso (catedrático jubilado de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo)

17.15 horas. CONFERENCIA

- **El derecho de defensa**, D. Sergio Herrero (Decano ICA Gijón)

18.15-18.45 PAUSA (café)

18.45 horas. MESA REDONDA

- **Lucha contra la corrupción y recuperación de activos**
Modera: D. Fernando Gómez de Liaño (Catedrático jubilado de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo)
Intervienen: D. Nicolás Rodríguez García (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca), Enrique Valdés Solís (Fiscal delitos económicos), Bernardo Blanco (Abogado del Estado en AEAT)

Viernes 14 de octubre

9.00 horas. MESA REDONDA

- **La acción popular**

Modera: D. Agustín J. Pérez-Cruz Martín (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña)

Intervienen: D^a Coral Arangüena Fanego (Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid), D. Jesús M. Hernández Galilea (Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo), D. Javier Domínguez Begega (Presidente sec. 3^a AP de Asturias y profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo)

10.30-11.00 PAUSA (café)

11.15 horas. MESA REDONDA

- **ADR y Justicia restaurativa**

Modera: D. Ignacio Cuesta Areces (Decano ICA Oviedo)
Intervienen: D^a Raquel Castillejo Manzanares (Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela), D. Arturo Álvarez Alarcón (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz), D. Miguel Álvarez de Linares Prado (Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil n^o2 de Oviedo)

12.30 horas. CONFERENCIA

- **El futuro del proceso penal**, D. Jaime Moreno Verdejo (Fiscal del TS, miembro de la Comisión redactora de la propuesta de texto articulado de 2012)

13.30 horas ACTO DE CLAUSURA

- D. Vicente Pérez Daudi (Secretario y Director de la Fundación MSD)
- Ignacio Vidau Argüelles, Presidente del TSJ del Principado de Asturias
- José María Roca Martínez, Decano de la Facultad de Derecho

Director: D. José M^a Roca Martínez
Secretario académico: D. Marcos Lorco Colunga

Matrícula:

- General: 40,00.- €
- Abogados (colegios de Oviedo o Gijón): 25,00.- €
- Alumnos UNIOVI: 10,00.- €

- Lugar: Aula Magna (edificio histórico de la Universidad de Oviedo (C/San Francisco))

INSCRIPCIONES: Fundación Universidad de Oviedo

https://intranetfuo.uniovi.es/web/intranetfuo/congresos/ii_jornadas_de_derecho_procesal_memorial_prof_dr_d_manuel_serra_dominguez



II PRESENTACIÓN

La Fundación Manuel Serra Domínguez es una organización privada de naturaleza fundacional, sin ánimo de lucro; su objetivo principal es promover y fomentar el estudio, la investigación y la docencia del Derecho procesal, siguiendo la última voluntad del Profesor Manuel Serra Domínguez, Catedrático de Derecho Procesal. La fundación está registrada y reconocida por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España (OM de 08/09/2014).¹



Tras su presentación en la Universidad de Barcelona, los días 26 y 27 de noviembre de 2015, la Fundación dejó en manos del profesor Fernando Gómez de Liaño la organización de unas segundas jornadas en la Universidad de Oviedo, el cual ofreció la tarea a la Facultad de Derecho y al área de Derecho Procesal. Asumieron la dirección los profesores José María Roca Martínez, como Director, y Marcos Loredo Colunga, como Secretario Académico.

Las II Jornadas de Derecho Procesal, memorial Manuel Serra Domínguez, se desarrollaron los días 13 y 14 de octubre en el aula magna del edificio histórico de la Universidad de Oviedo. La presente publicación recoge las intervenciones allí realizadas, conforme a los textos remitidos por los respectivos autores; excepcionalmente, en algunos casos se incluye un breve resumen de la intervención con la indicación del autor del mismo.

La grabación completa de las Jornadas está disponible en la Mediateca de la Universidad de Oviedo en la siguiente dirección: <http://mediateca.uniovi.es/jornadasderechoprosesal2016>

1. Puede consultarse su web en: <http://manuelerradominguez.org/home.html>

III

INAUGURACIÓN

En la Inauguración de las Segundas Jornadas de Derecho Procesal memorial Prof. Dr. D. Manuel Serra Domínguez intervinieron el Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo, D. Santiago García Granda, el Presidente de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, D. Francisco Ramos Méndez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra y discípulo del Prof. Serra, D. Fernando Gómez de Liaño González, Catedrático jubilado de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo y discípulo, también, del Prof. Serra y D. Ramón Maciá Manso, Catedrático jubilado de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo, compañero de estudios y amigo personal de D. Manuel Serra.

Abrió el acto D. Santiago García Granda, Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo que tras dar la bienvenida a los asistentes y destacar su juventud, presentó a los integrantes de la mesa, felicitó a los organizadores y dio la palabra a D. Fernando Gómez de Liaño González.



1 | Intervención del Prof. D. Fernando Gómez de Liaño González¹

Constituye para mí un honor estar presente en este acto en memoria del Prof. Serra Domínguez e intervenir en calidad de discípulo que fui de él y por cuya iniciativa e influencia accedí a la cátedra. Mi intervención aquí, más que como catedrático de derecho procesal lo será como discípulo. Entre maestro y discípulo surge una especial relación de la que deriva la transmisión de conocimientos, así



como de método docente e investigador. Guardo aún sus correcciones de mi tesis doctoral, de su puño y letra al margen del trabajo, en casi todas las páginas; observaciones que me permitieron concluir el trabajo satisfactoriamente.

Corría el año 1972 y ejercía como Juez en Mieres cuando me presenté en su despacho con la intención de hacer mi tesis doctoral. No solo aceptó ser el director, sino que me incorporó a su cátedra como profesor ayudante, con un sueldo de 1.833,33 pts. mensuales. Don Manuel no solo fue el director de mi tesis, sino que me inició en la docencia universitaria y me propuso seguir en esta dirección profesional.

1. El profesor Gómez de Liaño González ha sido juez y ha ejercido la abogacía, pero sobre todo ha sido profesor universitario. Se incorporó a la Universidad de Oviedo de la mano del Prof. Serra Domínguez que dirigió su tesis doctoral. Fue profesor adjunto en la Universidad de Salamanca y regresó a Oviedo como Catedrático de Derecho Procesal en 1988 donde permaneció hasta su jubilación.

En esta misma aula defendí mi tesis doctoral y en esta Universidad tomé contacto con la docencia; del profesor Serra recibí sabios consejos y me inculcó la sabia nueva que él representaba dentro del Derecho Procesal, disciplina que necesitada de aire fresco. Como dato decir que con Serra Domínguez se defendieron las dos primeras tesis doctorales en Derecho Procesal en la Universidad de Oviedo: la del profesor Ramos Méndez, aquí presente, y la mía.

Y me inicié en la docencia, en el grupo de tarde, y en el aula «Clarín». Reconozco el privilegio de esta iniciación docente e investigadora, que es un lujo cuando se dispuso de la maestría de D. Manuel, reconocida por cuantos alumnos he conocido en esta tierra asturiana, que hoy le rinde homenaje, con esta Jornadas surgidas a iniciativa de su Fundación, en las universidades en que ejerció su magisterio.

Creo que la próxima será en Santiago de Compostela, Universidad de su ingreso en la cátedra universitaria.

Le seguí algún tiempo en su traslado a Barcelona, pero luego circunstancias ajenas a nuestra voluntad determinaron, una separación física, pues marché a la Universidad de Salamanca, pero siempre en contacto a través de trabajos, colaboraciones, jornadas, tribunales y otras actividades académicas

Siempre me animó a concurrir en los concursos de acceso a las cátedras y me acompañó personalmente en algunos momentos difíciles; como miembro en algunos tribunales me consta su ayuda.

Cuando pasado el tiempo accedí a la cátedra de Derecho Procesal de esta Universidad, sé que tuve su apoyo, y satisfacción al conseguirla, en cuanto suponía una continuación de su escuela en esta tierra en la que había dejado su fecunda simiente.

Compañeros pues, en tribunales de tesis, de oposiciones y concursos, y sobre todo en la comunión de ideas y planteamientos en orden a esta disciplina que, gracias al esfuerzo de profesores como él, se ha colocado en el lugar que le corresponde dentro de las diferentes ramas del derecho.

Afinidad de ideas derivadas de una concepción realista del derecho procesal, abonado por el ejercicio profesional de la abogacía, que ambos cultivamos. A su jubilación muchos profesionales y discípulos colaboramos en un importante libro en su honor² al cual contribuí con un trabajo titulado *De la metodología de las sentencias a la selección de jueces*. Discurría sobre ideas que me inculcó

2. Realismo jurídico y experiencia procesal. *Liber amicorum*. Manuel Serra Domínguez. Atelier. Barcelona, 2009.

en orden a la Administración de Justicia, con problemas endémicos que ambos situábamos en cuestiones de personal, más que de normas procesales.

Me contestó escribiendo: «He disfrutado leyendo tu magnífica y razonada crítica del sistema judicial actual, que comparto plenamente, pero que lejos de corregirse con el paso del tiempo, se va gravando ante la pasividad de los políticos .../... Como bien señala el problema no se resuelve con nuevas leyes ni con el aumento de jueces, sino con una superación de los métodos de selección». Concluía felicitándome por mi estudio confiando en que los responsables tomen debida nota del mismo y resuelvan con urgencia una situación lamentable que permite dudas de la efectiva vigencia de la Constitución. Aquí sale a relucir algún poso de ingenuidad por su parte, al pensar que «los responsables» atienden a nuestras peticiones y observaciones que constantemente venimos formulando, sin el menor provecho porque tales «responsables» tienen otras preocupaciones preferentes, y solo acuden a reformas parciales exigidas por la urgencia del momento, cuando no a otras desastrosas como la reciente legislación sobre tasas judiciales, que ha precisado una tardía sentencia del Tribunal Constitucional, para poner las cosas en su lugar, eso sí, después de un daño notable a la ciudadanía.

Ambos insistimos en que cuando en el momento clave de un proceso, que es la sentencia, hay que motivarla, ahí entran en juego, el buen criterio del juez, su capacidad en la valoración de las pruebas, sus conocimientos sobre la psicología del testimonio, su movimiento dentro de las reglas de la sana crítica, su interés o desinterés por su función. Ambos seguidores del gran maestro italiano, (Carnelutti) cuando después de muchos años de ejercicio profesional afirmaba aquello de que, para ser buen jurista, hace falta buen criterio, si sabe algo de derecho no le va a estorbar.

Tener siempre presente este dicho, en esta sentencia, en esta afirmación, se resume todo un tratado sobre la formación de los juristas.

El Prof. Serra me transmitió el realismo jurídico en el que profesaba y a fe que yo que intentado transmitirlo a mis discípulos, pues no en vano dirigí 15 tesis doctorales, y siete profesores titulares se formaron a mi lado. Realismo derivado posiblemente de nuestro ejercicio profesional de la abogacía que nos permitía aportar a la docencia, a los planteamientos teóricos de la misma, las experiencias adquiridas en ese contacto con el proceso judicial, porque como destacara Calamandrei en su «Elogio de los jueces escrito por un abogado», el espectáculo del proceso real no puede ser ajeno a su enseñanza, y eso que a ambos nos ocasionó algunos disgustos, porque no siempre se han visto con buenos ojos esa compatibilidad de ejercicio, y a veces nos llamaban «los de fuera» en la ignorancia, y con alguna dosis de mala fe, de que desde fuera se enriquecía a la docencia.

Miembro destacado de la llamada escuela barcelonesa de Derecho Procesal, formada por casi 20 catedráticos a la cabeza de los cuales se sitúa el Prof. Fenech Navarro. Estoy seguro que conocéis a los principales procesalistas españoles que en el último medio siglo han impulsado y conseguido destacar lo que el Derecho Procesal supone. El paso por la Universidad debe servir para conocer a los profesores que han contribuido al desarrollo de la disciplina, que es clave para el ejercicio profesional en cualquiera de sus vertientes, abogacía, magistratura, fiscalía, y letrados de diferente condición.

Pero tengo que destacar dos cosas muy importantes en el profesor universitario que D. Manuel Serra representaba:

1. El interés por sus discípulos. Se encuentra el Prof. Pérez Daudí que constituye el máximo ejemplo de la relación entre maestro y discípulo. El interés, el seguimiento de su labor, el apoyo en las oposiciones, en su trabajo cotidiano, en sus publicaciones y docencia, y hasta en su vida personal. Hasta el final de los días del maestro estuvo a su lado en la proximidad de su propio domicilio.
2. El modelo de estilo universitario, al desarrollo del espíritu crítico, y contacto a la realidad que daban a sus clases la impronta de provocar el interés del alumnado, de ese alumnado que se ha ido apartado de las clases, porque lo que allí se desarrolla, no le interesa. Si no sabemos conectar con el alumnado el fracaso es evidente porque la letra está en los libros de los que se dispone, pero lo que no está en ellos es aquella actitud del jurista que se precie, y que justifica su presencia en las aulas.

Tuve ocasión varias veces de referirme por escrito a su persona, incidiendo en la significación del Derecho Procesal como vehículo de solución de conflictos, mediante la intervención personal de jueces y partes, a quienes se debe atender en cuanto a su formación, situación y facultades.

Una en la monografía *De los jueces, de los abogados y de los juicios*, resaltando sus cualidades como jurista estudioso entregado como nadie al ejercicio de la docencia, de la investigación y de la abogacía, en una labor constatable.

Otra en la obra colectiva *Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (1608-2008)*³ en la que escribía: «Valedor del pensamiento jurídico de Satta en la doctrina procesal española supuso un impulso científico que

3. Publicada por la Universidad de Oviedo bajo la coordinación del Prof. Dr. Santos M. Coronas González. 2ª edición. Oviedo, 2014. Págs. 437-439.

marcó rutas a seguir especialmente por sus discípulos»; y añadía: «Ha formado una auténtica escuela profesoral iniciada precisamente en esta Universidad con Francisco Ramos Méndez y el que suscribe».

Y una vez más en *Casos y cosas del Derecho. Crónicas de un tiempo*, con un apartado sobre «La lentitud procesal y Serra Domínguez», porque con frecuencia sostenía que los tiempos en la duración de un proceso sirven también para la calma psicológica de las partes, muy encendidas al principio.

En la Universidad de Oviedo dejó su impronta, fruto de la cual ha sido nuestra labor durante 30 años; y digo nuestra porque hemos conseguido que se hable de la escuela asturiana de Derecho Procesal, como la hay salmantina, catalana, valenciana o sevillana.

A mi lado se han ido formado distintos profesores. El Prof. Pérez-Cruz Martín, en la actualidad Catedrático en la Universidad A Coruña; y en Oviedo el Prof. Roca Martínez, Decano de la Facultad de Derecho, que ha organizado, con la ayuda del Prof. Loredó Colunga, también de nuestra escuela, estas Jornadas; la Prof. Iglesias García, actualmente Directora General de Justicia del Principado de Asturias; el Prof. Hernández Galilea, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas; el Prof. Gómez de Liaño Polo, que compagina docencia e investigación con su acreditada condición de juez sustituto en el orden penal; la Prof. Méndez López, que colabora como asociada, siendo Letrada de la Administración de Justicia y Académica de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia; y la Prof. Rodríguez Morán, experimentada abogada. Todos ellos ejercen la docencia del Derecho Procesal a plena satisfacción en las huellas marcadas por quienes les hemos precedido y en especial por el maestro Serra Domínguez.

Me satisface muy especialmente que mi labor haya podido servir para que ante la inevitable ausencia por mi jubilación, estos profesores realicen satisfactoriamente el difícil cometido de la transmisión de conocimiento que la docencia supone, lamentando ser el último catedrático de derecho procesal de esta Universidad, porque lo que a presencia del Rector insisto en la oportunidad de que algún profesor también formado en esta Universidad, pero ahora circunstancialmente fuera de ella, podría completar un cuadro docente de excelencia.

Termino con una anécdota. Con anterioridad a la incorporación del Prof. Serra Domínguez a la Cátedra de Oviedo, su predecesor tenía fama de aprobar a los alumnos con suma facilidad; se dice que venían de toda España a tratar de superar la asignatura. En el aula contigua se hacinaban más de cien aspirantes cuando apareció el Prof. Serra Domínguez y dictó las preguntas. Silencio y per-

plejidad. Percatándose de la situación, comunicó ser el nuevo catedrático, ante lo cual la mayoría de los asistentes abandonaron el aula.

El Prof. Serra sigue estando entre nosotros a través de la fundación que quiso constituir y que hoy nos reúne aquí. Estoy seguro que si nos contempla desde alguna parte estaría orgulloso de su herencia profesoral, y de vernos reunidos en esta aula en la que el enseñó.

2 | Intervención del Prof. D. Francisco Ramos Méndez¹

A continuación, el Sr. Rector cedió la palabra a D. Francisco Ramos Méndez, Presidente de la Fundación privada Manuel Serra Domínguez.

El profesor Ramos Méndez comenzó su intervención mostrando su contrariedad por tener que intervenir como representante de una Institución; su papel siempre ha sido de «currante» o «machaca», defendiendo ponencias y, por el contrario, en esta ocasión ha de adoptar una posición más seria, más institucional. Recordó «sus años mozos» en la Universidad de Oviedo, impartiendo numerosas clases (a razón de cinco o seis diarias) y la defensa de su tesis doctoral en esta misma aula. Destacó la generosidad del profesor Serra Domínguez y como ejemplo relató su experiencia compartiendo con él alojamiento en el 8º piso del número 7 de la próxima calle Foncalada: por paradójico que pueda parecer, catedrático y doctorando «cohabitaban».

Don Manuel Serra no tuvo hijos físicos, continuó el profesor Ramos, pero sí muchos espirituales que se encuentran diseminados por numerosas Universidades españolas y, a través de sus obras, del mundo entero. Pensando en ello, le sugirió canalizar sus activos a través de una Fundación, a lo cual el profesor Serra en solo 24 horas contestó afirmativamente y envió los estatutos y el programa de la Fundación con tan solo una condición: que todo se hiciera tras su muerte. Así fue que en su testamento dejó un importante legado con el que ha podido ponerse en marcha la Fundación privada Manuel Serra Domínguez.

La Fundación se presentó en Barcelona el pasado año, organizando un Memorial; el mismo motivo nos trae ahora a Oviedo y confiamos en repetirlo el año próximo en Santiago de Compostela, volviendo así a las Universidad en las que el profesor Serra impartió su magisterio.

1. El profesor Ramos Méndez intervino en su condición de Presidente de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez. El resumen de su intervención ha sido realizado por José M^º Roca Martínez, Director de las Jornadas.

3 | Recuerdo Personal a cargo del Prof. D. Ramón Maciá Manso¹

Por último, el Sr. Rector cedió la palabra al profesor Ramón Maciá que comenzó calificando a Manuel Serra como una persona excepcional, que tras una capa de humildad escondía una gran personalidad. El ser de las personas se define por su manera de obrar; a partir de ahí Ramón Maciá realizó un bosquejo de la personalidad de su compañero.



Se conocieron en el primer curso de carrera en la Universidad de Barcelona en el año 1952. Había varios profesores que completaban las explicaciones con preguntas directas a los alumnos y con ocasión de ello, Manuel Serra deslumbró con una intervención concisa, exhaustiva y extraordinariamente ordenada. Realizaron juntos algunos viajes en los que Serra dio muestras, unas veces, de su astucia, como aconteció en la costa brava cuando ante la negativa del hostelero a darles alojamiento, D. Manuel le afeó tal desaire por «dejar en la calle» a la Cátedra de Barcelona (refiriéndose a la esposa de D. Ramón, catedrática como ellos), con lo que impresionó al susodicho y consiguieron habitación; otras de su paciencia, como mostraba habitualmente ante las reiteradas advertencias que su esposa le transmitía sobre la sinuosidad del camino.

1. El Prof. Maciá fue compañero de D. Manuel Serra en la Universidad de Barcelona. Juntos cursaron la licenciatura en Derecho y se reencontraron con la incorporación de D. Manuel a la Universidad de Oviedo. Aun después del regreso de éste a Barcelona, siguieron manteniendo una estrecha amistad. El resumen de su intervención ha sido realizado por José M^a Roca Martínez, Director de las Jornadas.

Pero de manera muy especial, Ramón Maciá destacó la honradez de su amigo Manel. Recordando el epitafio del patrono de los abogados, *Santus Ivo erat brito, advocatus et non latro, res miranda populo*, relató cómo Serra, pese a ganar el pleito, pasaba una minuta 30 veces inferior a la del contrario (compañero de estudios de ambos, aunque no tan brillante).

Preguntado acerca de su vocación por el Derecho Procesal, el profesor Serra le confesó las razones por las que se inclinó hacia su estudio: la propuesta de D. Miguel Fenech, su maestro, y la preocupación por la seguridad jurídica a la que debe aspirar el Derecho Procesal.

Concluyó su intervención Ramón Maciá, haciendo público el pesar de su amigo por no haber podido escribir todo lo que le hubiera gustado por falta de tiempo.

4 | Intervención de D. Santiago García Granda, Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo¹

Comenzó su intervención dando la bienvenida a todos los asistentes y recordando los fines de la Fundación privada Manuel Serra Domínguez de promover y fomentar el estudio, la investigación y la docencia del Derecho Procesal. El filósofo francés Hippolyte Taine dijo: «El arte es como un naranjo, que precisa un suelo y un clima adecuado para florecer y dar fruto»; y cierto paralelismo debió encontrar Manuel Serra cultivando el arte del Derecho Procesal en su plantación de naranjos de Tortosa.

Tomando prestadas palabras del profesor Ramos Méndez, el Rector se refirió al Derecho Procesal como la disciplina que *permite pasearse por todo el ordenamiento jurídico sin tener que limitarse a una parcela concreta, hundiendo las pisadas en la realidad y buscando siempre resoluciones operativas*; destacó el componente práctico del Derecho y su necesaria conexión con la realidad y tras recordar algunas palabras de Garrigues y de Ortega en este sentido, concluyó con la frase no por conocida menos importante: No se ha hecho la Sociedad para el Derecho, sino el Derecho para la Sociedad.

1. El resumen de la intervención ha sido realizado por José M^º Roca Martínez, Director de las Jornadas.

IV CONFERENCIA

El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de sus novedades y dificultades¹

Sergio Herrero Álvarez

1. Introducción

El propósito que anima la presente exposición es ofrecer una visión práctica, desde el punto de vista de un abogado penalista, de las principales novedades recientes, dificultades frecuentes y amenazas más o menos latentes que afectan al ejercicio del derecho de defensa en el proceso penal español.



El artículo 24 de la Constitución Española menciona en tres ocasiones el derecho a la defensa y ha sido objeto de abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, cuyo contenido es sobradamente conocido. Del mismo quizá convenga destacar que dentro del conjunto de garantías que deben satisfacerse en el proceso penal se encuentra implícita la exigencia de «igualdad de armas» entre acusación y defensa. En resumen, el derecho de defensa supone poder conocer el contenido fáctico y jurídico de la acusación, poder alegar y probar para contradecirlo y poder recurrir las decisiones judiciales que sucesivamente recaigan en el proceso penal.

1. Sergio Herrero Álvarez es un experimentado abogado penalista que ha impartido numerosas conferencias de su especialidad y ha participado en Jornadas, Congresos y Reuniones Científicas de carácter nacional e internacional. Actualmente es Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón.

Vamos a tratar ahora, en primer lugar, de las tres novedades legislativas recientes que de forma más notable han afectado al derecho de defensa y, después, de algunas dificultades y amenazas a la efectividad de ese derecho. Dichas novedades se refieren a la ampliación del ámbito de actuación del abogado que asiste profesionalmente a personas detenidas, a la regulación del posible secreto del procedimiento judicial y a la reforma de la estructura y alcance de los recursos contra las sentencias, especialmente novedosa en lo tocante a las de signo absolutorio. Después comentaremos algunas dificultades que han amenazado, o siguen haciéndolo, a la plenitud del derecho de defensa.

2. La nueva regulación de la asistencia letrada al detenido

El régimen legal de la asistencia letrada al detenido ha experimentado un trascendente cambio en el año 2015, con la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR en adelante) operada mediante la Ley Orgánica 13/2015, en vigor desde el 1 de noviembre de ese año, fruto de la obligada trasposición al derecho patrio del contenido de las Directivas de la Unión Europea 2012/13 y 2013/48.

Aspectos esenciales de la regulación previa que se mantienen son el carácter preceptivo de la asistencia letrada a todas las personas detenidas, salvo que los hechos solo puedan constituir delitos contra la seguridad del tráfico (artículo 520.8 de la LECR) y la libertad de elección de la persona detenida para poder designar un abogado de su confianza, salvo en los casos de detención comunicada (artículos 118.1.d, 118.2, 509, 520.2.c, 520.5 y 527.1.a de la LECR).

Las dos novedades más importantes, que suponen, sin duda alguna, un relevante reforzamiento del derecho de defensa de las personas que se encuentran detenidas, son las referidas al conocimiento de las actuaciones policiales y a la entrevista previa con el abogado antes de la toma de declaración.

En efecto, a partir de la nueva regulación existe el derecho del detenido, acompañado por su abogado a examinar la integridad de las actuaciones policiales que en ese momento consten documentadas, plasmadas en el atestado correspondiente. Al respecto, los artículos 118.1.b y 520.2.d de la LECR establecen lo siguiente:

Artículo 118.

1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.

Ese derecho a examinar el atestado completo puede restringirse en los casos de detención incomunicada, en los cuales la autoridad judicial puede decidir limitar el derecho a examinar solo parcialmente las actuaciones, en sus elementos esenciales, como se desprende de la lectura de los artículos 118.1.b, 520.2.d y 527.1.d de la LECR.

En concreto, el artículo 527.1.d de la LECR establece lo siguiente:

Artículo 527.

1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:

d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

La segunda novedad radical es el derecho a comunicarse y entrevistarse reservadamente el detenido con su abogado antes de la declaración policial y ello de forma inmediata desde el momento de la detención. Como sabemos, hasta la reforma comentada, esa entrevista profesional reservada podía tener lugar solamente después de la diligencia de toma de declaración policial a la persona detenida.

Si para el adecuado desarrollo de esa entrevista del detenido con el abogado fuera precisa la actuación de un intérprete, habrá de proporcionarse gratuitamente la misma y el intérprete interviniente quedará obligado legamente a guardar confidencialidad sobre su contenido y estará exento de toda obligación de declarar al respecto, tal y como se regula ahora en los artículos 118.2.2 y 520.6.d de la LECR, y, en lo relativo a la labor del intérprete, en sus artículos 118.1.f, 123.1.b, 124.2 y 416.3.

En concreto, los artículos 123 y 124 de la LECR establecen lo siguiente:

Artículo 123.

1. Los imputados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación tendrán los siguientes derechos:

a) Derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales.

b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de

declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales.

Artículo 124.

2. El intérprete o traductor designado deberá respetar el carácter confidencial del servicio prestado.

Además de las anteriores, la reforma contiene algunas otras novedades también relevantes para la mejora de la eficacia defensiva de la asistencia letrada prestada en los centros de detención.

Por una parte, la intervención del abogado pasa a ser inmediata, desde el inicio de la detención, y sin motivo para demorarla hasta el momento de la toma de declaración, a tenor de los artículos 118.1, 118.2.1 y 520.2.c de la LECR.

Por otra parte, el plazo máximo con que cuenta el abogado, desde que recibe el aviso correspondiente, para prestar la asistencia letrada al detenido se ve reducido en lo sucesivo a tres horas, según establece el artículo 520.5.

También tiene importancia otra nueva prescripción, contenida en el artículo 118.2, que ha pasado relativamente inadvertida en los primeros análisis de esta reforma: se afirma ahora en la ley que el abogado que asista al detenido estará presente en «*todas sus declaraciones*». Es de esperar que esta clara prescripción legal sirva para corregir cierta línea jurisprudencial que admite la valoración como prueba de las manifestaciones que, de forma supuestamente espontánea, pero estando ya detenida formalmente la persona, se realizan en ocasiones a la fuerza policial.

Por último, en ésta ámbito, merece mención la nueva redacción del artículo 520.2.c, que, tras reconocer el derecho general a designar libremente abogado y a ser asistido por él sin demora injustificada, establece que si debido a la lejanía geográfica no es posible de inmediato la asistencia de letrado, «se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible».

3. La reforma de 2015 del secreto de las actuaciones judiciales

Otra novedad importante acaecida en el año 2015 en la regulación del proceso penal y que afecta al derecho de defensa se refiere a la figura de la declaración de secreto de las actuaciones judiciales, que conlleva la falta de posibilidad del abogado defensor de conocimiento del contenido de los autos durante parte de la fase de instrucción (que ha pasado a denominarse investigación) del proceso.

La normativa vigente hasta esta reforma no contemplaba límite temporal máximo absoluto para la duración total del secreto ni establecía claramente límites al mismo ni los requisitos para su adopción por el juez de instrucción. Al amparo de ella, se venía produciendo, en demasiadas ocasiones, un reprochable abuso judicial de su utilización y duración, mediante prórrogas sucesivas que se arrastraban, incluso, durante años.

A partir de la nueva redacción del artículo 302 de la LECR, operada por la Ley Orgánica 5/2015, reza de la forma siguiente:

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 cuando resulte necesario para:

- a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o
- b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505.

La disposición del último párrafo resulta de gran importancia, dado que garantiza que el abogado de la persona contra la que se dirige el proceso penal deba tener acceso, al menos, a lo esencial de las actuaciones en la comparecencia para la prisión provisional del artículo 505 de la LECR, incluso cuando se encuentra declarado el secreto de las actuaciones.

Al respecto, establece el artículo 505:

Artículo 505.

1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza.

[...]

3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior.

El Abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado.

4. La modificación de la apelación contra sentencias absolutorias

Otro cambio trascendente es el que se ha producido en el recurso de apelación contra sentencias absolutorias o levemente condenatorias, frente a las cuales una parte acusadora pretende que en la segunda instancia se transmute la absolución en una condena o se agrave la condena dictada en la primera instancia. Cuando para ello es preciso la modificación de los hechos probados de la sentencia apelada, y esa alteración fáctica supone la valoración de pruebas personales de forma distinta por parte del tribunal de apelación, nos encontramos entonces ante una situación peculiar, dado que esas pruebas, practicadas en el juicio oral, no se han celebrado ante el tribunal de segunda instancia, del cual, sin presenciarlas, se pretende que llegue a conclusiones sobre ellas diferentes a las alcanzadas por el órgano judicial de primera instancia, ante el que tuvieron lugar.

A tal pretensión, no puso reparos la jurisprudencia española del pasado siglo. Se consideraba que el tribunal de apelación conocía con plenitud todos los aspectos y pruebas de la causa y podía revocar en su resolución no solo el derecho aplicado sino también los hechos probados de la sentencia apelada. Si consideraba racionalmente errónea la valoración de las pruebas, de cualquier prueba, efectuada por el órgano de primera instancia, podía, sin obstáculo, declararlo así en su sentencia corregir esa errada apreciación y llegar a otra, modificando los hechos probados, ya fuera para absolver revocando una sentencia inicial condenatoria, o, al contrario, para agravarla o para condenar revocando la absolución inicial.

Sin embargo, la situación cambia severamente al inicio del siglo XXI, cuando el Tribunal Constitucional sienta doctrina en el sentido contrario, estableciendo, como es sabido, que cuando una absolución en primera instancia se basaba en la valoración directa por el juzgador de pruebas personales (esencialmente la declaración de testigos y del propio acusado) no cabía su modificación en la segunda instancia para apreciar como probados hechos más desfavorables al

acusado. Esto solo resultaba posible cuando lo valorado eran pruebas documentales, que, por su naturaleza, no requieren su práctica a presencia del juzgador de segunda instancia, o cuando existía reconocimiento de los hechos por el propio acusado.

A partir de la sentencia 167/2002 de 18 de noviembre del Tribunal Constitucional, por respeto a los principios de inmediación y contradicción que rigen el proceso penal, si en fase de apelación no se practican pruebas personales directamente a presencia del tribunal de apelación, éste no puede revisar las pruebas personales practicadas por el tribunal en primera instancia y revocar, por su distinta valoración, la absolución inicial contenida en la sentencia recurrida. Ello debía ponerse en relación con los tres únicos supuestos en los cuales cabía la práctica de prueba en segunda instancia, establecidos en el artículo 790.3 de la LECR: cuando las pruebas no se pudieron proponer en primera instancia, cuando fueron indebidamente denegadas y se hubiera formulado protesta, y cuando, admitidas, no se practicaron por causas no imputables a la parte.

En suma, en los términos explicados, se impedía casi de forma absoluta que las sentencias absolutorias fundamentadas en valoración de pruebas personales por el tribunal de primera instancia pudieran revocarse en la apelación.

Esa conclusión se puso en duda con la novedad, introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que supuso, desde su entrada en vigor, el 4 de mayo de 2010, mediante la reforma del artículo 743 de la LECR, la obligatoriedad de grabación de todos los juicios orales. Además, se produce entonces, en conexión con esa novedosa grabación audiovisual de los juicios otra modificación del artículo 791 de la LECR, cuyo texto pasa a establecer:

Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista.

[...]

La vista se celebrará empezando, en su caso, por la práctica de la prueba y por la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ella.

Resulta así que desde 2010 existía la posibilidad de que se incluya como parte del recurso de apelación la reproducción de la grabación de la prueba realizada en el acto del juicio oral. En tal situación, el tribunal de apelación sí presenciaba todo lo ocurrido en el juicio y observaba, aunque a través de una filmación y en tiempo diferido, las pruebas personales practicadas.

Se planteó, en consecuencia, si ello alteraba la doctrina constitucional existente. ¿Podría, con esa filmación, el tribunal de apelación revisar la sentencia absolutoria dictada, dado que podrá ver y oír, y por tanto apreciar, las declaraciones de partes y testigos practicadas en el acto del juicio oral? ¿la visión de esa filmación cumplía la exigencia de la doctrina del Tribunal Constitucional de inmediación del tribunal en la práctica de la prueba personal para poder apreciarla en sentido diferente al de la sentencia recurrida?

La respuesta fue negativa. Realmente, ya poco antes de esa reforma de la apelación, el Tribunal Constitucional se había pronunciado al respecto en su sentencia 120/2009, de 18 de mayo, en un caso en el que

la cuestión capital que se somete al juicio de este Tribunal consiste en dilucidar si un Tribunal de apelación —mediante una valoración de pruebas de carácter personal discrepante de la efectuada por el Juez a quo, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral— puede estimar un recurso de apelación interpuesto por error en la valoración de la prueba, fijando un nuevo relato de hechos probados que conduce a la condena de quien fue inicialmente absuelto.

En el caso tratado, el Tribunal Constitucional terminó concediendo el amparo y anulando la condena, por considerar que, en todo caso, ha de existir un «*examen personal y directo*» de quienes han declarado, lo que implica

la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Finalmente, la reciente reforma de 2015, veda, sin excepción alguna, la posible revocación de una sentencia absolutoria mediante una modificación desfavorable para el acusado de los hechos probados por parte del tribunal de apelación.

El artículo 790.2 tercer párrafo de la LECR, en la nueva redacción dada por la Ley 41/2015, establece lo siguiente:

Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique 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.

Por su parte, el artículo 792.2 de la LECR determina:

La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

La cuestión queda definitivamente resuelta. Si la acusación fundamenta su recurso en el error en la apreciación de la prueba, la eventual sentencia de apelación estimatoria no puede condenar al acusado antes absuelto ni agravar la condena del ya condenado. Lo único que puede hacer el órgano de apelación en tal caso, si existieran realmente razones suficientes para ello, sería anular la sentencia absolutoria o insuficientemente condenatoria, con retroacción de actuaciones, para que sea de nuevo el órgano judicial de primera instancia el que dicte una nueva sentencia sin alejamiento de las máximas de experiencia y correctamente motivada o, en su caso, la celebración nuevamente del juicio. Lo que no puede hacer el tribunal de apelación es revocar la sentencia apelada para valorar de forma distinta la prueba del juicio oral y dictar otra sentencia de fondo diferente. El órgano judicial de segunda instancia tiene la potestad de anular la valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial de primera instancia, pero no está habilitado para sustituir esa valoración por otra que haga el propio tribunal de apelación.

5. Algunas dificultades y amenazas al derecho de defensa

Nos referiremos a continuación a algunas dificultades, que, en su mayoría, van siendo afortunadamente superadas de forma paulatina, para la efectividad del derecho de defensa en los procesos penales.

Respecto al ejercicio de la labor de defensa en la fase de instrucción, parece haber quedado casi totalmente superada, pese a algunos ejemplos aislados de lo contrario, la concepción de que solo la acusación puede proponer pruebas en esta fase, que se apoyaba en la idea de que su objeto es reunir los elementos suficientes para acusar, a tenor del contenido de los artículos 777.1, 779.1 y 780.2 de la LECR). No obstante, en sentido contrario debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 2 y 776.3 de la LECR y, sobre todo, la lectura que de la LECR ha realizado la jurisprudencia constitucional para imponer en su interpretación y aplicación el principio de igualdad de armas entre las partes acusadoras y defensoras.

Otro peligro también conjurado por la jurisprudencia constitucional, radicaba en el uso de la capacidad sancionadora de los jueces y tribunales que les confieren los artículos 552 a 557 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales les facultan para imponer un apercibimiento o una multa, como corrección disciplinaria, a los abogados que consideren que les «faltaren oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido». Por un lado, se trata de una peculiar potestad sancionadora en cuya aplicación el juez o tribunal es a la vez quien sufre la ofensa y quien la castiga. Por otro lado, en demasiadas ocasiones terminó convirtiéndose en un instrumento para reprimir el órgano judicial afectado las críticas profesionales de fondo acerado o tono vehemente al acierto de sus decisiones jurisdiccionales, y no verdaderas faltas de respeto. El Tribunal Constitucional puso las cosas en su sitio y revocó de forma repetida las sanciones que incurrían en tal desviación, y ha establecido la doctrina consolidada de que solo las expresiones dirigidas directamente a descalificar a los magistrados, no a sus resoluciones, resultan sancionables. No lo es, al contrario, el despliegue por el abogado de críticas, por más desabridas que resulten, al contenido de lo judicialmente decidido. La libertad de expresión del abogado en sus intervenciones profesionales ha quedado, pues, respaldada por la jurisprudencia constitucional. Con ello se protege el adecuado y libre ejercicio del derecho de defensa.

La amenaza, sin duda alguna, de mayor calado al derecho de defensa era la posibilidad de vulnerar la confidencialidad de las comunicaciones, especialmente las telefónicas o telemáticas, entre los abogados y sus clientes. Afortunadamente, parece conjugada por a protección expresa de su secreto que se ha introducido en la LECR en la reforma de 2015 operada por la Ley Orgánica 13/2015.

Antes, había sido ya un hito capital, la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la interpretación del artículo 51.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativa a la posible intervención de las comunicaciones orales de abogados y clientes presos desarrolladas en los locutorios de los centros penitenciarios.

El artículo 51.2 mencionado establece lo siguiente:

2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

El Tribunal Constitucional estableció con rotundidad, en la década de los años 1990, que la interpretación debida de dicho precepto exigía la concurrencia

acumulativa de los dos requisitos indicados, es decir, que la intervención solo puede acordarse por el juez de instrucción cuando el delito objeto de la investigación penal fuera un delito de terrorismo, y no otro, y el abogado cuya comunicación iba a escucharse y grabarse estuviera indiciariamente implicado como participe o colaborador en tal delito.

Hay que recordar, sin embargo, que esa meridiana doctrina constitucional no impidió que llegara a producirse de forma efectiva uno de los mayores atentados conocidos al derecho de defensa en nuestro país, en una etapa democrática, protagonizada por el entonces juez Baltasar Garzón y que tuvo como consecuencia su condena por prevaricación en la luminosa sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012, cuya lectura debería ser obligada para todo abogado, magistrado o fiscal antes de iniciar su actividad profesional.

Retornando a la actualidad, la reforma de 2015 de la LECR ha consagrado la inviolabilidad expresa de todas las comunicaciones de la persona sometida a procedimiento penal o judicial, sea como detenido, investigado o encausado, con su abogado. Esa garantía se contiene ahora en los artículos 118.4 y 520.7 de la LECR en los términos siguientes:

Artículo 118.4.

Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate 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, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria.

Artículo 520.7

Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118.

Puede afirmarse que, en este ámbito, se ha avanzado claramente en la protección del secreto de esas comunicaciones profesionales, que debe amparar a la labor profesional de defensa para su material efectividad.

Cuestión diferente, pero en algún sentido cercana, es la posible afectación de la defensa por la amenaza al secreto profesional del propio abogado que pueda suponer la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales, actualmente contenida en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Aunque esta Ley 10/2010 contiene disposiciones criticables, que pueden suponer una intromisión lesiva en el secreto profesional del abogado en otras áreas de su actuación profesional, entiendo que no afecta concretamente al derecho de defensa en el proceso penal, a tenor de lo que disponen sus artículos 2.º y 22, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 2. Sujetos obligados.

1. La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados:

a) Las entidades de crédito

[...]

ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

Artículo 22. No sujeción.

Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.

Es claro, por tanto, que la amplia batería de obligaciones establecidas, con carácter general, por la Ley 10/2010, para los profesionales sujetos a la norma no son de aplicación al ejercicio profesional de la abogacía en su vertiente atinente a la labor de defensa en procesos judiciales.

Una dificultad notable para la efectividad del derecho de defensa se presenta en los juicios con jurado y deriva de la distinta valoración de las pruebas practicadas que se observa por parte de los ciudadanos legos que integran el jurado respecto a la forma habitual de actuación de un tribunal profesional, muy especialmente, en lo referido al respeto a la presunción de inocencia.

Toda la labor de alegación y prueba se realiza con la pretensión y la previsión de que la actuación defensiva desplegada rinda sus frutos en una decisión jurisdiccional adoptada con respeto al derecho a la presunción de inocencia de la persona sometida a enjuiciamiento y aplicación del principio valorativo in dubio pro reo. Sin embargo, la observancia efectiva de ambos brilla por su ausencia en un llamativo número de asuntos sometidos a juicio con jurado. Ello es consecuencia lógica de la diferencia existente entre los magistrados profesionales y las personas legas en derecho. Los primeros, a través de su formación jurídica y de su experiencia judicial, han interiorizado el mandato constitucional de presuponer la inocencia de la persona acusada, en tanto esa inicial presunción no sea desvirtuada en el juicio oral mediante una actividad probatoria que, sin espacio para la duda, acredite racionalmente la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en su comisión. Los segundos intentan, de buena fe, adoptar en su veredicto la decisión que racionalmente les parezca más lógica, sin partir de postura preconcebida alguna. Dicho de otra manera: si a la vista de las pruebas presenciadas resulta más probable que lo materialmente acertado sea la culpabilidad, esa será la opción que elijan los integrantes del jurado. Esa es la decisión lógica y natural en cualquier ámbito de la vida: ante dos afirmaciones se opta por aquella que se considera con más posibilidades de ser la acertada. En términos numéricos, cualquiera se inclina por la respuesta con un 70% de probabilidad de ser la cierta y desdeña la que tiene el restante 30% de contener la verdad, aunque, desde luego, exista cierta duda en la seguridad de acertar en la elección. Justamente esto es lo que, de hecho, ocurre en las decisiones de un jurado, que considerará probada la culpabilidad de quien tenga más posibilidades de ser culpable que de no serlo: lo contrario a lo que hará cualquier tribunal técnico si no ha quedado plenamente probada su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Por último, quiero referirme a un fenómeno de gran impacto en la actual sociedad de la información, que es la existencia de auténticos juicios paralelos en los medios de comunicación cuando el asunto penal sometido a los tribunales de justicia atrae, por diversos motivos, especial atención pública. Es un suceso omnipresente y susceptible de provocar enormes perjuicios en los derechos de las personas, sobre todo en su honor, imagen e intimidad. No obstante, el linchamiento moral público de las personas acusadas de ciertos tipos de delitos que generen, en cada momento, especial rechazo popular (terrorismo, corrupción política o agresiones graves contra mujeres, por ejemplo), y la presión

mediática en pro de su condena, no constituyen, en mi criterio, una amenaza real y seria al derecho de defensa. Nos encontramos en un estado de derecho donde la justicia se imparte por magistrados profesionales, independientes e imparciales (no infalibles, desde luego, que esa es otra cuestión), que se muestran ajenos a esa presión. Hoy, en España, el contenido de las sentencias lo deciden los tribunales, no los medios de comunicación ni la opinión del público. Afortunadamente.

V

MESA REDONDA

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

La primera Mesa Redonda, con el título *Lucha contra la corrupción y recuperación de activos* estuvo moderada por el Prof. Dr. D. Fernando Gómez de Liaño González y en ella participaron el Prof. Dr. D. Nicolás Rodríguez García, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, D. Enrique Valdés-Solís Iglesias (Fiscal de delitos económicos en el TSJ del Principado de Asturias) y D. Bernardo Blanco, Abogado del Estado en la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la Delegación Provincial de Asturias.



1 | Presentación

Fernando Gómez de Liaño González

La organización de las jornadas ha elegido para esta mesa *La lucha contra la corrupción y la recuperación de activos*. Casi nada. La corrupción es un libro sin concluir de nuestro tiempo, porque todos los días se renueva con tan graves como lamentables capítulos. El lunes un periódico de tirada nacional sorprendía a pocos, con la noticia de que un partido político daba instrucciones a diversas instituciones para salvar el control de Tribunal de Cuentas, que ya es decir porque dicho tribunal no ha resultado precisamente ejemplar en sus actuaciones. Y a la vez otra noticia sobre los manejos de un sindicato, para cobrar alquileres inexistentes. Está tan generalizada, que alcanza al pueblo llano porque nos encontramos con miles de ciudadanos que no han sentido empacho en cobrar pensiones correspondientes a familiares fallecidos. Y ni quiero dejar la pasar la ocasión para insistir una vez más en un problema grave que nos envuelve, y me acuerdo de Montesquieu, tan citado como olvidado: «Nada más eficaz para la corrupción que disponer de un sistema de ascenso de los jueces».

Y ahí lo dejo porque, aunque es corrupción hoy vamos por otro lado, pero por insistir que no quede.

Para los pesimistas como Schopenhauer o Ganivet es una lacra social inevitable. Y posiblemente lo sea, pero las dimensiones adquiridas entre nosotros, no pueden dejar impasible a una sociedad que de sus instituciones una respuesta cabal. Pero si resulta que la corrupción ha llegado también a algunas instituciones. ¿Qué camino seguir?

Parece claro, insistencia, contundencia, llamada de atención y buscar soluciones.

Pienso que la primera y principal debe encontrarse en el proceso penal. Como procesalista me he puesto muy pesado en afirmar y predicar, como la voz que clama en el desierto, que debería de haber sido un instrumento válido para su

contención, fijense que dijo contención, y no eliminación porque parece arraigar en las peores condiciones del ser humano, no vista con la fatalidad de Lombroso, pero si, con la realidad de nuestro maestro Serra, al que honramos en estas jornadas y que predicó y manifestó la necesidad de profundas reformas, porque hemos conocido causas que después de diez años de instrucción. Si diez años, otros cinco en enjuiciamiento y recursos, que al fin concluyeron con una sentencia condenatoria, y un indulto a los tres meses de cumplimiento de la sentencia privativa de libertad. Que se puede decir: Pues la presencia de un sistema tolerante que abona la presencia de casos sin límite.

Y de la recuperación de activos. Alguno de los condenados llegó a presumir de la productividad del evento.

Y digo: ¿Cómo hoy día sigue concediéndose el tercer grado sin aquella reparación?

Y como algunos operadores jurídicos protestan porque la ley señala unos plazos máximos de duración de la instrucción penal.

Aquí hemos reunidos a tres especialistas. Un catedrático, un fiscal de delitos económicos y un abogado del estado. Vamos a oírlos, esperando que en instancias superiores también se nos escuche.

No son tiempos para esa audiencia, porque las altas esferas están ocupadas en otros menesteres no extraños a la corrupción que se ha convertido en arma arrojada entre los diferentes partidos políticos, pero cumplimos al menos con nuestra obligación.

2 | Lucha contra la corrupción, decomiso y recuperación de activos

Nicolás Rodríguez García¹

2.1. El porqué de alguna de las reformas legales de 2015

Sin ambages se puede afirmar que en la actividad legislativa reformadora de 2015 en los campos penal, procesal penal y orgánico, la institución jurídica estrella ha sido el llamado desde este momento «decomiso».²

A partir del Título VI de la Constitución en un Estado de Derecho como el español la protección y tutela que a los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos tienen que proporcionar los órganos jurisdiccionales no se deben limitar a juzgar sino también a ejecutar lo dispuesto en sus resoluciones. Y si ya es sumamente difícil desarrollar las investigaciones financieras de hechos delictivos como el crimen organizado, la corrupción o el blanqueo de capitales, que generan grandes cantidades de beneficios económicos y, por ello probar las responsabilidades penales y civiles de sus implicados, la función jurisdiccional

1. Director del «Grupo de Estudio sobre la Corrupción» y del «Posgrado Estado de Derecho y Gobernanza Global». Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en el Proyecto de Investigación DER2016-79895-P del Ministerio de Economía y Competitividad, del que es Investigador Principal.

2. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017): *El decomiso de activos ilícitos* —en prensa—; ID. (2016): «Delitos económicos y sistema penal: nueva estrategia en materia de recuperación de activos y decomiso», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, págs. 85 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016): «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*, núm. 38, págs. 1 y ss.; GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016): *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Valencia: Tirant lo Blanch; PERRINO PÉREZ, A. L., JAÉN VALLEJO, M. (2016): *La recuperación de activos frente a la corrupción. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*, Madrid: Dykinson; PORTAL MANRUBIA, J. (2016): «Aspectos sustantivos y procesales del decomiso», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, págs. 173 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015): «Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos», MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid: Castillo de Luna, págs. 439 y ss.



deviene en ineficaz, y por ende se le castiga mediática y socialmente,³ cuando dictadas sentencias de condena las mismas no se ejecutan, o si lo hacen las actuaciones no alcanzan a privar a los condenados de los bienes, instrumentos, productos y ganancias derivadas de los delitos. Lejos de esconderlos los lucen, los exhiben, hacen ostentación de los mismos, conductas favorecidas por la institucionalización de los integrantes

de los grupos delictivos en determinados organismos del Estado,⁴ buscando no solo la impunidad de sus acciones sino su incremento y frecuencia comisiva.

Esta es una realidad fáctica que trata de ser revertida, en primera instancia, con el diseño e implementación de medidas institucionales reordenadoras y facilitadoras de las actuaciones de diferentes operadores jurídicos;⁵ y, en segunda, con cambios legislativos de amplio espectro como a los que se viene sometiendo en los últimos años tanto al Código Penal como a la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el último decenio los países vienen diseñando una política criminal de recuperación de activos, y es ahí donde el Estado, a través de una institución como el decomiso, va a actuar no sólo contra las personas de los condenados sino también contra sus elementos patrimoniales. Unas actuaciones en las que es esencial la cooperación internacional de Policías, Jueces y determinadas unidades administrativas —fundamentalmente, aduaneras y fiscales⁶—, debido a que la gran mayoría de los hechos delictivos en los que está pre ordenada su imposición tienen ínsito un componente transnacional.

3. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017): «Dilemas en el diseño de una estrategia efectiva en la recuperación de activos procedentes de la corrupción», RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. C. (dirs.): *Corrupción y desarrollo*, Valencia: Tirant lo Blanch —en prensa—; PÉREZ GIL, J. (2016): «Respuesta judicial frente a la corrupción: Reflexiones recientes con vistas al futuro», JIMENO BULNES, M., PÉREZ GIL, J. (coords.): *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona: J. M. Bosch, págs. 831 y ss. Tratando de revertir esta percepción ciudadana vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016): *Principios de ética judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 3 y ss.

4. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2016): «Public compliance y corrupción: Análisis conceptual y propuestas», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 2, pág. 4.

5. Por ejemplo, el «Protocolo de actuación en causas complejas por corrupción» del Consejo General del Poder Judicial.

6. Vid. la Directiva (UE) 2016/2258 del Consejo, de 6 de diciembre de 2016, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales (DOUE L 342 de 16.12.2016, págs. 1 y ss.).

2.2. Afronete integral del estudio del decomiso en el sistema penal español

Un análisis integral de la novedosa regulación del decomiso obliga, en primer término, a realizar un estudio del *sistema penal*, generándose un resultado, por una parte, más que *dudoso* en cuando al respecto a derechos y garantías constitucionales en algunas de las modalidades de decomiso —*v. gr.*, en el decomiso ampliado y en el decomiso sin condena⁷— y, por otro, *negativo* desde la óptica de la técnica normativa empleada, aseveración que efectuamos a partir de hechos como los siguientes:

- a) En el campo legislativo penalistas y procesalistas, como también pasa en demasiadas ocasiones en la Academia, parecen *siameses unidos por la espalda*, puesto que en sus trabajos no se generan los adecuados vasos comunicantes generadores de unidad de criterio que eviten que los textos finales aprobados en el Parlamento puedan ser calificados de incoherentes, redundantes, insuficientes y, en ocasiones, contradictorios⁸.
- b) No se tiene claro si el decomiso es una institución penal o procesal. Y esto es algo que va más allá de un prurito disciplinar por ser determinante para saber en qué cuerpo legal tiene que estar ubicado el grueso de su regulación y cuáles son sus relaciones y sinergias con otras instituciones, mecanismos y procedimientos. Al fin y a la postre, el resultado de la *mezcolanza* de preceptos de ambos cuerpos legales es más que mejorable; incluso, en la tramitación parlamentaria, se produjeron vaivenes poco explicables a la hora de *sacar* por un código u otro alguna previsión relevante.
- c) Estamos ante reformas escudadas en lo que *se dice que dicen* las obligaciones internacionales asumidas por España, fundamentalmente procedentes de la Unión Europea, cuando estudiadas en detalle podemos comprobar cómo el legislador español va *mucho más allá* de lo esperable en un procedimiento de implementación de los compromisos legislativos internacionales. A ellos se les *echa la culpa* del porqué de las modificaciones operadas, una técnica de escapismo de las responsabilidades propias a la que estamos acostumbrados y que ya hemos sufrido en ocasiones prece-

7. Vid. BLANCO CORDERO, I. (2012): «Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)», FABIÁN CAPARRÓS, E. A., ONTIVEROS ALONSO, M., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (eds.): *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*, México D. F.: INACIPE-Ubijus, págs. 337 y ss.

8. En general, con este planteamiento, *vid.* NIEVA FENOLL, J. (2017): «Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito», *Diario La Ley*, núm. 8894, págs. 1 y ss.; ANTINOLFI DIVAN, G. (2015): *Processo penal e política criminal. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*, Porto Alegre: Elegancia Juris.

dentes, como cuando cinco años antes se introdujo en nuestro sistema penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹.

- d) Se han llevado a cabo unos cambios que, sin más explicación, en unos casos toman como elemento referencial fundamental lo que en esta materia se había trabajado y articulado en la Propuesta de Código de Proceso Penal y, en otros casos —como en el procedimiento de decomiso autónomo¹⁰— se aleja.
- e) Se mezclan normas de carácter imperativo con otras de *soft law*, sin mucha explicación.
- f) Obliga a tener que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil en determinadas materias, como con relación medidas cautelares o la declaración de rebeldía.
- g) Como en ocasiones al legislador le *da vértigo* —o eso parece— de las facultades concedidas en esta materia a los órganos jurisdiccionales, trata de *calmar su conciencia* incluyendo válvulas escapatorias con base, por ejemplo, en el principio de proporcionalidad.
- h) Exige entender trámites procesales penales engarzados con otros regidos por normas procesales civiles, como acontece con el procedimiento autónomo de decomiso.
- i) Al recoger un instrumento jurídico de actuación preferente frente a la actividad delictiva transnacional, obliga a no descuidar los compromisos internacionales del Estado español en materia de cooperación jurídica internacional.
- j) En fin, el legislador, en la Exposición de Motivos de las normas reformadoras del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se empeña en

9. Vid. NEIRA PENA, A. (2017): *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch; GIMENO BEVIÁ, J. (2016): *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Aranzadi; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2015): «Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Revista Penal*, núm. 35, págs. 139 y ss.

10. Vid. CACHÓN CADENAS, M. (2016): «El procedimiento de decomiso autónomo», ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.): *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona: Atelier, págs. 351 y ss.; CARRILLO DEL TESO, A. E. (2016): «Apuntes a propósito del procedimiento de decomiso autónomo», PÉREZ GAIPO, J., NEIRA PENA, A. M. (dirs.): *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Barcelona: Atelier, págs. 153 y ss.; FRANCO ARIAS, J. (2016): «Una pincelada sobre el procedimiento de decomiso autónomo», ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.): *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona: Atelier, págs. 365 y ss.; PERALS CALLEJA, J. (2016): «El decomiso. Perspectiva procesal. Especial referencia al nuevo procedimiento de decomiso autónomo», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 2, págs. 111 y ss.; NIEVA FENOLL, J. (2015): «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *Diario La Ley*, núm. 8601, págs. 1 y ss.

explicar lo *inexplicable* con un detalle y meticulosidad que no encuentra fácil relación con el articulado posterior.

2.3. La necesidad criminológica de contar con un decomiso eficaz y a la par garantista

Con el cambio de siglo el decomiso se ha convertido en una institución de la máxima actualidad a consecuencia de la realidad criminológica imperante con fenómenos criminales como el narcotráfico, el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de armas o el crimen organizado. Pero siendo todos ellos importantes, los más actuales y que más alarma social han generado son la corrupción, el blanqueo de capitales y los delitos socioeconómicos, tradicionalmente vinculados con el *sector público* pero que cada vez más alcanzan al *ámbito privado*. Ahí están los Papeles de Panamá, o los casos Noos, Gürthel, EREs, Taula, Púnica, Campeón, Patos, Pokemon, Pujol, tarjetas black, etc.

Llegados a este punto, nos podemos cuestionar cuáles son los denominadores comunes a estas conductas delictivas. Y en su identificación encontramos, al menos, las siguientes:

- a) La comercialización de bienes y servicios ilegales, de manera tal que coexisten un mercado *legal* de bienes, productos y servicios con otro *ilegal*, y ambos intencionadamente se confunden y mezclan buscando siempre hacer crecer exponencialmente los resultados económicos de sus operaciones.
- b) El ánimo de lucro, puesto que con hechos ilegales como los referenciados se obtienen bienes y recursos que sirven no sólo para el enriquecimiento y disfrute personal de sus responsables sino también para aumentar la capacidad operativa de los grupos delictivos en los que se suelen organizar para actuar. Esta situación es la que justifica en materia de decomiso el empeño del legislador para que alcance a las «ganancias» del delito.
- c) El empleo de una *lógica empresarial*, impulsada por un más que positivo análisis coste/beneficio: del lado de la oferta, son muchos los riesgos, físicos y personales —penas—, que asumen los infractores, que tratan de ser compensados colocando *precios* mucho más elevados por sus *bienes* o *servicios* que los que se dan en un *mercado legal*, en el entendido de que no solo se *tráfico* con drogas o con armas, sino también con información, con influencias y con decisiones —políticas, administrativas y judiciales—; del lado de la demanda, los *clientes*, que lejos de rechazar al hacedor de esas conductas lo buscan y pagan precios muy elevados por esos *bienes*,

servicios y prácticas. Y algo que afecta a su persecución: lo hacen en silencio, sin dejar —en principio— rastro de sus actuaciones, lo que, por un lado, es un problema desde el punto de vista probatorio, de ahí que haya que acudir a la prueba indiciaria y a las presunciones, y ratifica la impresión ciudadana de que las *cifras negras* en este tipo de conductas delictivas son altísimas.

- d) La alarma social que producen, y por eso son tan buscados los efectos *preventivos* —generales y especiales— de las normas que se adopten. Así se refleja en los cambios habidos en los últimos años en materia de blanqueo de capitales, de financiación del terrorismo y de corrupción: catálogo de sujetos obligados —entre ellos los abogados—, programas de cumplimiento... También a consecuencia de ello el legislador está preocupado por mejorar con los cambios la *percepción* sobre la Administración de Justicia, acusada de *lenta e ineficaz*, lo que para él es motivo bastante para adentrarse en las versiones más duras del *populismo punitivo*. Siendo así, es un denominador común en las reformas penales y procesales —tanto en las nacionales como en las supranacionales e internacionales— hablar de *mejora de la eficiencia*. Aquí, cada vez más, tienen cabida los estudios de los expertos en análisis económico del Derecho y las políticas públicas.
- e) Los efectos para la integridad institucional, y el desarrollo económico, político y social de los países. Así, basta leer cuatro ideas contenidas en las principales convenciones de Naciones Unidas en la materia:

– son conductas que afectan a la estabilidad y seguridad de las sociedades,¹¹ al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética, la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, razón que amerita un enfoque inter y multidisciplinar en su prevención y represión;

– la existencia de un vínculo directo entre diversas formas de delincuencia, en particular la corrupción, la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero,¹² idea que estuvo presente en la reformulación competencial de lo que es ahora nuestra Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada;¹³

11. Vid. Vv.AA. (2016): *Peace and Corruption 2015*, Sydney: Institute for Economics Peace, págs. 4 y ss.

12. Vid. EUROJUST (2016): *Annual Report 2015*, The Hague: Eurojust, págs. 27 y ss.

13. En efecto, esta Fiscalía Especial investiga y conoce de los procesos penales de especial trascendencia relativos a los delitos económicos u otros cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos relacionados con el fenómeno de la corrupción, y además también tiene atribuida la investigación de los delitos económicos cometidos por grupos organizados, a excepción de todos aquellos que sean de la competencia específica bien de la Fiscalía de la Audiencia Nacional bien de la Fiscalía Especial Antidroga.

- la delincuencia grave genera y mueve vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, de ahí que en los últimos lustros la preocupación de los países se ha focalizado no sólo en la condena de los criminales sino también a recuperar los activos obtenidos de las actividades ilícitas;
- la corrupción ha dejado de ser un problema al interior de cada país para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenir y luchar contra ella, y ejecutar las políticas de recuperación de activos;¹⁴ y
- su represión tiene que tener límites, lo que determina que en los propios textos internacionales se reconozca de manera expresa la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles y administrativos sobre derechos de propiedad.

2.4. Opciones legislativas en la regulación del decomiso en el marco de una política criminal de recuperación de activos

A consecuencia de todo lo señalado ha devenido perentorio el diseñar una nueva política criminal para atajar esta realidad, que tiene su reflejo en el proceso penal. Sin embargo, sabido el *qué* hay que centrarse el *cómo*.

En primer término, hay que superar la visión tradicional de un proceso penal que se *conforma* con perseguir y castigar al infractor, imponiendo penas privativas de libertad y multas —o medidas de seguridad— y decomisando bienes e instrumentos del delito, para evitar así la reiteración comisiva.

También es preciso avanzar hacia una regulación en la que se prive a las organizaciones criminales de los recursos y las ganancias que ingresan procedentes de sus actividades delictivas: prestar atención a las *consecuencias de carácter patrimonial* derivadas del delito.¹⁵ De ahí la importancia que en los últimos años se da

14. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017): «Decomiso y cooperación judicial penal internacional», BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dirs.): *Decomiso y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch —en prensa—; JORGE, G. (2008): «Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito», JORGE, G. (edit.): *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, págs. 157 y ss.; BROWN, R., GILLESPIE, S. (2015): «Overseas financial investigation of organized crime. Examining the barriers to effective implementation», *Journal of Money Laundering Control*, vol. 18, núm. 3, págs. 371 y ss.

15. Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2010): *Circular 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, Madrid: Fiscalía General del Estado.

a la *investigación patrimonial* y a la *cooperación interinstitucional* del Poder Judicial y de la Fiscalía con organismos públicos y privados,¹⁶ la cual es recordada en la regulación que se hace en el procedimiento de decomiso autónomo.

Entonces, ¿cuáles son las vías de actuación para intentar revertir esta situación?

Entre ellas se encuentran las siguientes:

- 1.^a Que las personas jurídicas sean responsables penalmente por sus actuaciones, de manera simultánea —o excluyente— de la que puedan tener las personas físicas que han actuado por medio de las mismas para cometer hechos delictivos¹⁷.
- 2.^a Abordar de manera integral el blanqueo de capitales, esto es, como un delito autónomo que trasciende al narcotráfico, para cuya prevención sea esencial el diseño de un sistema administrativo de control y denuncia en el que jueguen un rol esencial diferentes sujetos obligados, una política de doble actuación que tiene que ser seguida con el trabajo independiente y efectivo de las Unidades de Inteligencia Financiera¹⁸ —en el caso español, el SEPBLAC¹⁹—.
- 3.^a Tipificar también como delito autónomo el enriquecimiento ilícito, posibilidad frente a la cual se esgrimen defensivamente la eventual vulneración de derechos y garantías procesales constitucionales: presunción de inocencia, derecho de defensa, derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, debido proceso²⁰.
- 4.^a Favorecer la cooperación jurídica internacional operativa en la investigación de los hechos, en su enjuiciamiento, en la ejecución de las resoluciones judiciales y en la recuperación de activos detraídos ilegítimamente de arcas públicas o privadas²¹.

16. Vid. LUZÓN CÁNOVAS, A. (2010): *Delincuencia económica y cooperación institucional*, Madrid: Civitas.

17. Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S., LIZCANO ÁLVAREZ, J. (2013): *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Madrid: Programa EUROsocial.

18. Vid. GLEASON, P., GOTTSSELIG, G. (2004): *Unidades de Inteligencia Financiera. Panorama general*, Washington D. C.: International Monetary Fund.

19. Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

20. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., ORSI, O. G. (2015): «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 116, págs. 201 y ss.

21. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017): «Decomiso y cooperación judicial...», *cit.*; BLANCO CORDERO, I. (2016): «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: análisis normativo», ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (dirs.): *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de noviembre*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 389 y ss.; SÁNCHEZ SISCART, J. M. (2016): «Cuestiones

5.^a Generalizar el decomiso, privando a los investigados las ganancias que provienen de la actividad delictiva que se está enjuiciando en un proceso penal, incluso anterior —*decomiso ampliado*—, aunque no haya sentencia penal *decomiso sin sentencia*—, y de manera efectiva —*decomiso por sustitución o valor equivalente*—.

Donde mejor se plasma estas líneas de actuación es en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, sobre «Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso».²² A partir de ella, podemos colegir como son premisas básicas para desarrollar una correcta actividad legislativa en este contexto criminológico el trabajar en clave de sistema penal; modernizar la legislación procesal penal superando la inercia imperante del *parcheo normativo*; encontrar un punto de equilibrio entre los anhelos de eficacia represora y las garantías previstas constitucionalmente; e implementar las iniciativas legislativas procedentes de organismos supranacionales e internacionales, pero haciéndolo con *espíritu crítico*.

Esta actividad, si la referimos a la institución del decomiso, no está exenta de dificultades, lo que ha obligado a que el legislador de cada país haya tenido que intentar realizar un posicionamiento en muchos de los puntos clave de su régimen jurídico. En el caso de España:

a) En relación con su naturaleza jurídica, a una única institución única debería corresponderle una única naturaleza jurídica y, sin embargo, podemos verificar como:

- no es una pena, pese a que con carácter general se esté exigiendo para su imposición que haya una sentencia de condena firme;
- no es una consecuencia accesoria, pese a que se le ubique legalmente en los arts. 127 y ss. CP.;
- no es una medida de seguridad, aunque en ocasiones se pueda adoptar con carácter previo o cautelar, y aunque con relación a esos bienes —espe-

prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones de decomiso», ARANGÜENA FANEÑO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (dirs.): *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de noviembre*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 409 y ss.; Vv.AA. (2016): «Cooperación judicial en ejecución de resoluciones judiciales: Decomiso», Vv.AA.: *Cooperación Jurídica Penal Internacional*, Madrid: Francis Lefebvre, págs. 603 y ss.; FIDALGO GALLARDO, C. (2015): «Reconocimiento y ejecución de órdenes europeas de decomiso», GONZÁLEZ CANO, M. I.: *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 473 y ss.

22. (COM(2008) 766 final). *Vid.* AGUADO CORREA, T. (2013): «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. «Garantizar que el delito no resulte provechoso»», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 05, págs. 1 y ss.

cialmente los de tráfico ilícito— se pueda llegar a acordar su destrucción anticipada o su realización; y

– es una medida que se dice que trata de poner fin a una situación patrimonial ilícita.

- b) Debido a su carácter limitativo del derecho a la propiedad, la actividad decomisiva tiene que estar sujeta a límites, no obstante lo cual se puede constatar como en algunas de las modalidades —*decomiso ampliado* o *decomiso sin sentencia*— pareciera que se está ante una confiscación (*depredación patrimonial*), prohibida como tal desde la Constitución de Cádiz.
- c) También el ámbito de aplicación es merecedor de una atención específica, puesto que el carácter generalista de la aplicación del decomiso a todas las formas comisivas —dolosas y culposas— y a todos los delitos tiene que ser matizada en alguna de las modalidades, como en el *decomiso ampliado*.
- d) También son objeto de controversia las posibles garantías afectadas por la imposición judicial del decomiso (derecho de defensa, presunción de inocencia, inversión de la carga de la prueba...), máxime cuando para mejorar la eficiencia se establecen presunciones legales para mejorar la eficiencia y se fijan legalmente indicios, incluso a título ejemplificativo.
- e) Tampoco es pacífico determinar a quién, cuándo y hasta dónde atribuir el resultado de la realización de los bienes decomisados, sabiendo que de alguna forma hay que intentar cubrir, a partir de la resolución judicial que pone fin al procedimiento penal, los costes de conservar y administrar los bienes decomisados, los gastos derivados del procedimiento de su realización, las responsabilidades civiles, las costas, la reparación de las víctimas... Una decisión en la que, además, pueden llegar a confluir en su concreción la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales, el Fondo de Bienes Decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados e, incluso, autoridades judiciales extranjeras cuando la realización del decomiso se ha producido en cumplimiento de una petición suya.

2.5. Reflexión final

Llevado a cabo el proceso de reflexión señalado, la estrategia seguida para dar una respuesta adecuada en el plano legislativo ha partido por identificar y co-

nocer los textos normativos fundamentales generados por los principales organismos internacionales y supranacionales (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa y Unión Europea) y, a partir de las obligaciones y sugerencias contenidas en los mismos, se han modificado el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial y se ha creado *ex novo* la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Y todo en el marco general de dos objetivos: por una parte, diseñar un sistema penal más ágil y coherente, y por ende más eficaz; y, por otro, intentar atender las demandas sociales que claman por tener una Administración de Justicia más confiable en la que se garantice que las resoluciones judiciales que se dicten sean previsibles y se perciban por la sociedad como justas.

En materia de decomiso ello ha obligado a intentar unificar su régimen jurídico; facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito; y mejorar y facilitar la gestión económica de esos activos.

El futuro inmediato nos empezará a decir si este *law in books* es seguido por un adecuado *law in action*, que es tanto como constatar cómo la jurisprudencia resuelve muchos de los interrogantes que se generan desde la regulación del decomiso de 2015, cómo empieza a funcionar la Oficina de Recuperación y Gestión de los Activos y, quizás lo más importante jurídicamente y difícil de medir: si tanto *esfuerzo represor*, tanta *búsqueda desenfrenada* del producto del delito por parte de las autoridades públicas tiene efectos preventivos que a corto y medio plazo generan menores cifras de criminalidad, menores sentimientos de impunidad y de inseguridad jurídica, y mayor fortaleza y credibilidad en las instituciones del Estado de Derecho, entre ellas, del Poder Judicial.

3 | Lucha contra la corrupción y recuperación de activos. Instrumentos penales y procesales y la intervención del Ministerio Fiscal

Enrique Valdés-Solís Iglesias

3.1. Introducción

La corrupción es un fenómeno natural de la delincuencia, si bien en los últimos años los resultados de investigaciones judiciales y policiales han destapado hechos delictivos que por su relevancia, en cuantía, continuidad y personas implicadas, han sorprendido a propios y extraños. Pero además de estos asuntos sumamente mediáticos, existen muchos otros que se caracterizan, del mismo modo, por ser una modalidad de corrupción y en los que están afectadas cantidades muy relevantes de dinero.



En el derecho penal tradicional, el objetivo del legislador era la búsqueda de la retribución o castigo del delincuente. Ahora bien, en los últimos años, sirviéndose principalmente de instrumentos internacionales,¹ cada vez se pre-

1. Destacan los siguientes: Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena, 1988. Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Nueva York, 1999. Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), 2000. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2003. Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, Estrasburgo, 1990. Reemplazado por el Convenio de Varsovia relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la

tende en mayor medida alcanzar la reparación del daño y sobre todo el estrangulamiento financiero del delincuente, evitando la indeseable tentación de pretender contrapesar la ganancia a obtener con el tiempo que supone de privación de libertad.

Para alcanzar este propósito, el principal instrumento de derecho material consiste en el decomiso, configurado como una consecuencia accesoria del delito, pero que sobre todo tras la última 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, constituye lo más parecido al delito de enriquecimiento injusto sin tipificarlo.²

Como complemento del anterior, la introducción del Procedimiento de decomiso autónomo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) a través de 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, supone un recurso procesal de gran valía, no sólo por arbitrar el procedimiento sino por las propias características con las que se ha diseñado (*vid. Infra*), que desde luego facilitarán la localización y embargo de bienes con origen delictivo.

A su vez, la creación de una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) se revela como el auxilio necesario para los órganos judiciales ante el reto, nada desdeñable, de localizar, embargar y gestionar determinados bienes desde órganos que no están preparados para ello y con personal no especializado.

En este contexto, la intervención del Ministerio Fiscal se ha mostrado esencial, no solo desde la experiencia de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada,³ sino también desde la Fiscalía Antidroga, la de la Audiencia Nacional, y desde las distintas Fiscalías existentes a nivel autonómico o provincial. Y ello tanto en la intervención en todas las fases del proceso penal (ins-

financiación del terrorismo, 2005. Y en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación, y decomiso de los instrumentos y productos del delito; la 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; y la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

2. Dado que se trata de una materia reservada a otras ponencias, sólo cabe destacar que dicha reforma incluye una regulación profusa y detallada del decomiso sin sentencia, que ya estaba previsto en la redacción anterior; y por otra parte, generaliza el decomiso ampliado (anteriormente reservado a delitos de terrorismo y cometidos en el seno de grupos u organizaciones criminales) extendiéndolo de este modo a bienes y efectos provenientes de otras actividades delictivas, basándose en indicios recogidos en un catálogo de *numerus apertus*; y por último, en íntima relación con lo anterior, regula el decomiso de terceros a fin de evitar que la transferencia de activos impida el decomiso.

3. Conocida como «Anticorrupción».

trucción, enjuiciamiento y ejecución) como en la fase prejudicial que constituyen las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.

Esta mayor eficacia se debe a las propias características de la Institución. Así, se trata de una Institución configurada en el poder judicial, si bien con autonomía funcional, cuyos integrantes tienen el carácter de autoridad, sujeta a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad actuación y dependencia jerárquica, y cuyas funciones son la promoción de la justicia en defensa legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, la de velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (art. 124 de la Constitución española), así como las que se le atribuyan (detalladas profusamente en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal —EOMF— y en otras leyes sustantivas y procesales⁴).

3.2. Las funciones del Ministerio Fiscal en localización y realización de bienes

El fiscal interviene, como es sabido, en todas las fases del procedimiento penal. Pero además, dispone de la posibilidad de tramitar diligencias de investigación, de carácter preprocesal y preparatorio, que se han mostrado como un instrumento adicional para la investigación de delitos relacionados con la obtención de activos, y de localización de éstos. Distinguiremos la intervención según el momento procesal en que se produzcan:

3.2.1. Las diligencias de investigación

Se contemplan en el art. 5 del EOMF así como en el art. 773.2 de la LECrim, de forma tan somera y escueta que las directrices impartidas por la Fiscalía general del Estado y el funcionamiento práctico han terminado de configurarlas.

Se trata de diligencias de carácter preliminar, que por tanto cesan en el momento en que se inicie un procedimiento judicial, debiendo el fiscal remitir todo lo actuado al juez que haya incoado diligencias.

4. Las funciones del Ministerio Fiscal son extensas y poco sistemáticas. En comparación con los sistemas europeos, el Ministerio Fiscal español interviene en numerosos asuntos en los que su participación es prescindible —piénsese en el Registro civil, en procedimientos de jurisdicción voluntaria, o incluso en procedimientos de familia con menores, etc.—. La orientación de futuro ha de ser, en mi opinión, limitar la intervención del Ministerio Fiscal a asuntos realmente de interés, asignando los recursos disponibles a los asuntos en que la ciudadanía demanda realmente la intervención del fiscal.

En lo que aquí interesa, por la materia de estas líneas, las diligencias de investigación relacionadas con localización de bienes, pueden tener diversas finalidades, siendo todas ellas utilizadas en la práctica:

Investigación de infracciones penales en las que la utilización de los activos constituyan elementos del tipo penal. Así, en determinados casos, la búsqueda de las operaciones realizadas con los bienes se realiza para acreditar la propia infracción penal, a fin de evidenciar la relación de los bienes con la actividad delictiva, como pudiera suceder v.gr. con un blanqueo de capitales.

Localización de los bienes para proceder a decomisarlos posteriormente. La localización de los bienes sí es una función que puede (y de hecho se realiza) por el Ministerio Fiscal en el seno de sus diligencias de investigación, con el objetivo de judicializarlas y solicitar el embargo cautelar de los bienes, con la vista siempre puesta en que posteriormente se inste el decomiso —y en su caso se acuerde por el órgano de enjuiciamiento—. En este ámbito, puede solicitar la localización de los bienes a la ORGA, como veremos posteriormente.

En materia de cooperación internacional el fiscal interviene activamente, por cuanto existe una alta especialización en una materia compleja, dispersa y muy ligada al conocimiento de las dificultades prácticas. Por un lado, el fiscal que esté instruyendo las diligencias, es autoridad judicial⁵ competente para librar una solicitud de asistencia mutua (o comisión rogatoria, según la denominación del instrumento internacional) siempre en el ámbito de sus competencias. Y por otra parte, existen secciones especialidades que se encargan de dar cumplimiento a las solicitudes de colaboración, interviniendo por tanto como autoridad de emisión y en la práctica, como compañeros que ayudan a los no especializados que precisan emitir una solicitud de asistencia.⁶ En concreto, su intervención se traduce en numerosos casos a través del exhorto europeo de obtención de pruebas regulado en los artículos 186 y ss. de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre. También puede servirse en este ámbito de la ORGA.

5. En materia internacional, el fiscal está incluido en el concepto de «autoridad judicial europea», como así se reconoce también en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Cuestión necesaria a efectos de ser autoridad competente tanto para ejecutar como emitir solicitudes de colaboración, lo cual no constituye ninguna sorpresa al ser algo habitual en los países de nuestro entorno y existir en España, al igual que en el derecho comparado, una equiparación absoluta entre jueces y fiscales —en honores, retribuciones y tratamiento, y en la propia forma de acceso a la profesión, a salvo de ciertas modalidades de concurso de méritos que sólo se dan en la carrera judicial y no en la carrera fiscal—.

6. La posibilidad de trabajo en equipo o en grupo y la especialización de los fiscales constituye una de las principales ventajas de estas autoridades para la lucha contra la delincuencia compleja u organizada. Ello sumado a que su intervención no se limita a partidos judiciales —su ámbito, generalmente, es provincial pero existen mecanismos para extender su competencia de ser necesario— y a la existencia de secciones de cooperación internacional, da como resultado que la atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal produciría un incremento notable de la eficacia. Ahora bien, siempre que se atribuyese con medios materiales, personales y un procedimiento con controles, pero que no impida la evolución de las investigaciones.

La investigación dirigida a localizar bienes y derechos de titularidad de aquella persona respecto de la cual se hubiese acordado el decomiso, a fin de poder presentar posteriormente la demanda de decomiso, conforme al art. 803 ter q de la LECrim. Para ello puede servirse de la ORGA o bien de los instrumentos ordinarios de que dispone el Ministerio Fiscal, y que a continuación veremos.

Con respecto a los instrumentos de que se dispone por el Ministerio Fiscal para realizar estas funciones, nos encontramos con los siguientes:

Se puede dar orden a la Policía Judicial a fin de que practiquen las diligencias que se especifiquen o que se consideren adecuadas para localizar los bienes.

Es posible impetrar la colaboración de organismos públicos a fin de que suministren la información de que dispongan. Entre ellos, destacan las agencias tributarias estatal y autonómicas, la Seguridad social, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Dirección general de seguros, el Banco de España, el Índice único del Consejo General del Notariado, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias —incluidos sus informes de inteligencia financiera, conforme al art. 46 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (LPBCFT) pero sin que tengan valor probatorio ni se permita su incorporación al procedimiento—. Y por supuesto, tal y como venimos exponiendo, la ORGA.

Se pueden librar solicitudes de información a determinados registros, que en algunos supuestos ya han facilitado sistemas de acceso telemático a toda o a parte de su información: registros de la propiedad, mercantil y bienes muebles, registro público concursal, catastro inmobiliario, e incluso cabe la obtención de información del Fichero de titularidades financieras regulado en art. 43 de la LPBCFT.⁷

Se puede solicitar información a entidades de crédito y financieras, empresas aseguradoras, empresas de servicios de inversión, etc.

Este elenco de facultades se presenta como útil para proceder a la investigación de este tipo de delitos, pero en la práctica su funcionamiento es mejorable. Y lo es por los siguientes motivos:

7. Constituye un fichero muy interesante, por su contenido, actualización y acceso directo al mismo. Sin embargo, de forma inexplicable se limita su acceso a supuestos de blanqueo de capitales y financiación de terrorismo, cuando dicha información es accesible por otras vías en la persecución de otros delitos. Es decir, se puede acceder a la misma información pero por vías más lentas y espesas, y siempre con solicitud previa, cuando se dispone de un fichero cuya utilidad sería elevadísima para la persecución y castigo de múltiples delitos.

Porque la tendencia ha de ser a disponer de acceso directo a la información. No sólo por agilizar tiempos,⁸ sino porque en una investigación penal, el resultado de una diligencia puede dar lugar a otras sucesivas (castizamente, a «tirar del hilo»), y el hecho de que sean rogadas simplemente pone palos en las ruedas de la investigación.

Porque no se dispone de personal especializado que pueda analizar la información disponible. Si la información se pide de forma genérica, al no acceder a registros, la obtenida puede ser ingente y desde luego, debe relacionarse una con otra. Realmente debiera disponerse de personal especializado en la obtención y análisis de información y en el seguimiento del rastro de los activos, a disposición de los órganos judiciales, o al menos integrado en la policía judicial.⁹

3.2.2. En el proceso penal

En el proceso penal el Ministerio Fiscal tiene encomendadas funciones comúnmente conocidas (defensa de la legalidad y acusación si es procedente) y otras menos (defensa de derechos fundamentales, supervisión de funcionamiento de órganos judiciales —más formal que real por la falta de medios¹⁰—), que en materia de delincuencia económica podemos concretar de la siguiente manera:

En relación con la reparación del daño causado, es obligatorio para el fiscal el ejercicio acción civil *ex delicto* salvo renuncia por parte del perjudicado (108 LECrim), en consonancia con la función legal de protección a víctimas y perjudicados.

El Ministerio Fiscal tiene el deber de instar de manera especial la adopción de medidas cautelares en procedimiento abreviado (art. 773.1 LECrim).

La obtención medios de prueba también es una prioridad para el Ministerio Fiscal, instando la práctica de las diligencias de investigación pertinentes, que incluso en determinados supuestos son vinculantes para el órgano judicial,¹¹

8. La existencia de bases de datos sí que agiliza las investigaciones, mucho más que la mera imposición de plazos para la investigación penal, tal y como se ha realizado por la ley 41/2015, de 5 de octubre. Es un ejemplo claro de falta de medios (en este caso materiales) en la Administración de Justicia.

9. Otro ejemplo de carencia de medios, en este caso personales.

10. Escaso número de fiscales en relación con las funciones encomendadas, reducidísimo número de funcionarios en las Fiscalías (la ratio a nivel nacional es inferior a un funcionario por fiscal) y cuya formación no atiende a las necesidades reales (carencia de conocimientos informáticos, falta de formación de Derecho —no existe ningún licenciado o graduado—), falta de acceso a los programas informáticos de los Juzgados y ausencia de interconexión con los programas de la Fiscalía, etc.

11. Son las Diligencias complementarias del art. 780.2 de la LECrim.

pues no olvidemos que es la acusación quien tiene la carga de demostrar que los indicios reunidos durante la investigación son suficientes para enervar la presunción de inocencia.

En cuanto a la localización de bienes para decomiso, una vez judicializado el procedimiento, la competencia pasa a ser de la autoridad judicial, para lo cual el fiscal debe instar las medidas oportunas de localización y de embargo. En este aspecto, por aplicación del principio acusatorio y de justicia rogada, la posición que adopte la autoridad fiscal es muy relevante o incluso decisiva si no hay otras acusaciones, puesto que el decomiso tiene que ser solicitado en la acusación, y en consecuencia la medida cautelar solo tiene sentido si como mínimo se va a solicitar la medida como definitiva, y si existen indicios sólidos que permitan sostener dicha petición.

Incluso de forma puntual durante la Instrucción se pueden dar órdenes por el Ministerio Fiscal a la Policía Judicial sobre práctica de diligencias de prueba, si bien con la obligación inexcusable de aportarla al procedimiento cualquiera que sea su resultado, en aplicación del principio de imparcialidad que preside la actuación del fiscal.¹²

En la fase intermedia, al igual que en la de juicio oral, la posición de las partes acusadoras define el objeto del procedimiento, y por tanto la postura adoptada en relación con el decomiso y la prueba que se presenta y practica en el juicio oral determina la posibilidad o imposibilidad de adoptar medidas definitivas en sentencia.

En fase de ejecución, la competencia de hacer ejecutar lo juzgado es del juez competente, y la función del Ministerio Fiscal es la de asegurar el cumplimiento de la legalidad con su intervención y la interposición de los recursos que sean pertinentes en los supuestos en los que discrepe de lo acordado, así como velar porque las resoluciones judiciales se cumplan eficazmente. En este sentido, cabe incluir la previsión de decomiso por equivalencia que contiene el art. 127 septies de la LECrim, que se acuerda por Auto durante la ejecutoria.

Existen procedimientos judiciales que se incoan única y exclusivamente para asuntos de cooperación internacional, y que en relación con la materia que es

12. Lo contempla la Instrucción nº 1/2008 de la Fiscalía general del Estado sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial: *En definitiva, incluso durante la tramitación del procedimiento judicial, el Fiscal puede ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación. Ahora bien, el necesario respeto al principio de imparcialidad que debe presidir la actuación del Ministerio Fiscal, así como el respeto a los de contradicción y defensa requieren que, una vez ordenadas estas diligencias, sea absolutamente necesario aportar su resultado a la causa cualquiera que éste haya sido. Lo contrario podría interpretarse como una forma de soslayar la función instructora que corresponde al órgano judicial en nuestro sistema actual.*

objeto de esta exposición, se reserva a los supuestos de ejecución de resoluciones de autoridades judiciales extranjeras en materia de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (regulados principalmente en los arts. 143 y ss. de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre) y en materia de decomiso (regulados principalmente en los arts. 157 y ss. de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre). Cuando se trata de resoluciones que se emiten en España, su espacio es el del procedimiento del que traen causa, ya sea diligencias de investigación, diligencias previas (o sumario ordinario) o ejecutoria. En ellos las reglas procesales son parcialmente diferentes, pero la intervención de cada autoridad es semejante a la del procedimiento nacional.

3.2.3. El Procedimiento de decomiso autónomo

Se regula en los artículos 803 ter e a 803 ter u de la LECrim, y como hemos dicho anteriormente, ha sido introducido por Ley 41/2015, de 5 de octubre.

La finalidad principal del mismo es articular el cauce procesal para decomiso de bienes procedentes del delito pertenecientes a persona que no haya podido ser juzgada, basado en el principio de contradicción, y ante la ausencia manifiesta de procedimiento para decomisar bienes sin sentencia, pese a que como hemos expresado *supra*, ya estaba contemplado en el Código Penal.¹³ Así, fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la que introdujo el que entonces sería el apartado 3 del art. 127 (y posteriormente desplazado al apartado 4 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), con la posibilidad de acordar el decomiso aun cuando no se impusiese pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quedase demostrada la situación patrimonial ilícita. También puede aplicarse como instrumento para facilitar la celebración del juicio oral, en los supuestos en que por el fiscal se reserve la acción de decomiso para un procedimiento posterior, que se celebraría por el procedimiento específico regulado en la LECrim, y no en el procedimiento penal.

13. Se trata una vez más de una imprevisión del legislador, que en manifiesta falta de concordancia, incluye un precepto de derecho sustantivo sin establecer el cauce procesal para su resolución. Paradigma de esta omisión fue la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sin regular la forma en que se canalizarían las especialidades procesales. Hubo de ser 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 Ley orgánica 5/2010 la que estableciera la exigencia de velar por las garantías procesales de la persona jurídica, dando soluciones prácticas que después cristalizarían en la reforma de la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

En consecuencia, el objeto de este procedimiento es el ejercicio de la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, y se puede utilizar:

cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación, lo que podrá realizar sólo cuando la sentencia sea firme.

Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.¹⁴

La naturaleza de este procedimiento es híbrida. El legislador podría haber optado por atribuir la competencia al orden jurisdiccional civil, al penal o incluso podría haber configurado del decomiso como una infracción administrativa. Sin embargo, una vez incorporado al derecho penal como una consecuencia accesoria del delito, ha reservado su conocimiento a la jurisdicción penal, pero con particularidades.

Comienza por demanda (no por escrito de acusación), con contenido detallado en el art. 803 ter I, que debe ser objeto de contestación de forma correlativa, y cuya falta de contestación o desistimiento produce la estimación de pretensiones del actor, esto es, el decomiso solicitado.

Debe solicitarse la prueba en la demanda y en la contestación a la misma, y se rige supletoriamente por las normas del juicio verbal en lo que no contradiga expresamente las particularidades del procedimiento reguladas en la LECrim, estableciéndose que el juicio se practica conforme al juicio civil al remitirse el art. 803 ter o al art. 433 de la LEC.

Por tanto, con demanda, contestación, proposición de prueba en los mismos, efectos del desistimiento, juicio civil y supletoriedad del juicio verbal, se asemeja a un procedimiento de naturaleza civil.

14. La importancia de este procedimiento puede ser elevadísima para ciertos casos de imposibilidad de someter a ciertas personas a enjuiciamiento. La redacción anterior del art. 127.4 CP incluía el supuesto de extinción de responsabilidad penal (además de las causas de exención). La redacción del procedimiento de decomiso autónomo resuelve la problemática sobre si ciertos aspectos se podían incluir en la antigua expresión del CP, como por ejemplo la incapacidad sobrevenida del acusado, liberando de una dificultad procesal adicional. Y es que si se siguiese una interpretación literal del antiguo 127.4 CP, la enfermedad sobrevenida del acusado no permitiría el decomiso de bienes, pero sí su fallecimiento (como causa de extinción de responsabilidad criminal), incongruencia máxima que posiblemente hubiese permitido interpretar las causas de decomiso en sentido amplio pues ningún sentido tiene que haya que esperar al fallecimiento para recuperar los activos.

Pero a su vez, se somete a un tribunal penal de enjuiciamiento y aunque no se recoge expresamente, está sujeto a las garantías propias sistema penal en cuanto a los sistemas de prueba y garantías procesales, o al menos en mi opinión es lo que se va a producir en la práctica.¹⁵

En este procedimiento cabe destacar el papel protagonista que otorga el legislador al Ministerio Fiscal, como muestra de la confianza ganada por esta Institución en los últimos años, a la que anteriormente hemos hecho referencia:

Se le atribuye el monopolio del ejercicio de la acción, lo que unido a la posibilidad de reserva en juicio oral para juicio posterior le permite escoger la estrategia procesal a fin de facilitar o no la celebración de juicio oral.

En relación a la investigación patrimonial o financiera, introduce dos novedades en nuestro ordenamiento jurídico:

Reserva la competencia para la investigación de bienes al Ministerio Fiscal, en el seno de sus diligencias de investigación, si bien con posibilidad de autorización judicial para aquéllas que la precisen y sin que ello suponga el cese de sus diligencias, tal y como se deduce del art. 803 ter q, por lo que a modo de juez de garantías se autorizaría la diligencia pero sin que ello supusiese la judicialización inmediata. Evidentemente, para esta función el Ministerio Fiscal puede practicar las diligencias por sí mismo o a través de la ORGA, otras autoridades o la Policía Judicial.

Pero además de esta posibilidad de investigación patrimonial dirigida a preparar la demanda, el citado art. 803 ter q determina la competencia del Ministerio Fiscal *para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso*. Ello supone que aun cuando ya se hubiese acordado el decomiso, bien en el juicio penal, bien en el procedimiento de decomiso autónomo, y por tanto centrándonos en una fase de ejecución de un pronunciamiento judicial, el Ministerio Fiscal prorroga su competencia manteniendo la posibilidad de seguir investigando y localizando bienes.

Y por último, cabe la posibilidad de solicitar nueva orden de decomiso si se descubren nuevos bienes o incluso si no se ha resuelto anteriormente sobre el

15. Primero porque atribuirlo a tribunales penales supone una muestra del interés en mantener el estándar de prueba. Segundo, porque aunque sea una consecuencia accesoria, es preciso probar el delito, su relación con los bienes y la calificación penal, y ello no se va a probar de forma más laxa que en otro procedimiento, basándose en las reglas sobre presunciones de la LEC, todo ello pese a la remisión al juicio verbal. Y tercero, porque nuestros tribunales, en la práctica, no van a acordar un decomiso si no están convencidos de la procedencia del mismo con un nivel alto de prueba, por las exigencias impuestas en dicha materia por nuestros altos tribunales, ya sean el Supremo o el Constitucional —mucho más exigente que el TEDH—. Y ello sin obviar que los requisitos para el decomiso ampliado no son los mismos que para el decomiso directo, por ejemplo.

decomiso de ciertos bienes, por lo que se puede concluir que no produce efecto de cosa juzgada material.

3.2.4. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA)

Regulación y puesta en funcionamiento

La Oficina de Recuperación de Activos (ORA) fue mencionada por primera vez en nuestra legislación en el artículo 367 septies LECrim, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con funciones de localización y recuperación de activos, configurándola curiosamente con el carácter de policía judicial y remitiendo a un reglamento de desarrollo. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, extendió las iniciales facultades de localización y recuperación de activos a las de gestión y realización de bienes, modificando su denominación a Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), suprimiendo toda mención a su consideración como policía judicial, remitiendo a su desarrollo reglamentario. Poco después, Ley 41/2015, de 5 de octubre añadió una Disposición adicional sexta en la LECrim, y ya finalmente fue objeto de desarrollo y configuración real a través del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

La creación de la ORGA supone un cambio en el funcionamiento de la localización y gestión de bienes que no ha de ser desdeñado. Ello ha producido un retardo progresivo en su puesta en marcha, y una vez acordada, la entrada en funcionamiento de forma prudente y escalonada, ante la dificultad de sus funciones y unos recursos propios de un momento de austeridad. Esos pasos, tras la entrada en vigor de toda la normativa anteriormente mencionada, han sido los siguientes: a) elaboración de un plan de acción por el Director general de la ORGA, en fecha día 10 de febrero de 2016; b) publicación de una Orden del ministro de Justicia, declarando su puesta en funcionamiento de forma progresiva y siguiendo dicho plan de acción, que fue la Orden JUS/188/2016, de 18 de febrero; c) por último su entrada en vigor se difirió hasta el 1 de enero de 2017, con el mencionado desarrollo progresivo.¹⁶

16. Las fechas de entrada en funcionamiento son las siguientes: 21 de febrero de 2016, la actuación de oficio de la ORGA; 1 de marzo de 2016, actuación a instancia de los órganos judiciales o del Ministerio Fiscal, sólo para la provincia de Cuenca; el 1 de junio de 2016, actuación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha a instancia de los anteriores y en materia de cooperación internacional (sin limitación a territorios nacionales); el 1 de octubre de 2016, en las Comunidades Autónomas del denominado «territorio ministerio» (con competencias no transferidas y órganos de jurisdicción estatal, que por su propia naturaleza no se transfieren); y el 1 de enero de 2017 en el resto del territorio nacional.

Funciones

Se trata de un órgano de creciente importancia a nivel europeo, que está llamado a cubrir una carencia notable en el ámbito de la Administración de Justicia. Así, la creación de un órgano, sea cual sea su naturaleza,¹⁷ que esté especializado en localización y gestión de activos es crucial para la lucha contra la delincuencia económica, y ello por cuanto la experiencia práctica ha demostrado que la localización de los activos es siempre dificultosa (y más para el que no está habituado ni dispone de medios para ello), y la gestión o realización de los mismos hasta la fecha ha sido absolutamente improductiva, generando mayoritariamente costes para el Estado a cambio de obtención de bienes que en muchas ocasiones se deprecian rápidamente.¹⁸

Debe destacarse que la ORGA tiene la consideración de punto de contacto internacional con órganos equivalentes de otros Estados, por lo que canaliza la comunicación con los mismos, suministrando, obteniendo e intercambiando la información disponible, cuestión que está fuera del alcance de cualquier otro órgano no centralizado.

Aunque a nivel legal se había configurado, de forma poco ambiciosa, como un órgano encargado de localización, conservación y gestión de efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, finalmente a nivel reglamentario se ha extendido a actividades delictivas de toda clase, lo que debe ser objeto de congratulación.

Actuación de la ORGA

La ORGA puede actuar cuando se lo encomiende un órgano judicial o el Ministerio Fiscal, e incluso el origen de la actuación puede serlo la comunicación a estas autoridades por parte de la ORGA, cuya petición evidentemente no vincula ni al juez ni al fiscal. Se prevé expresamente, en concordancia con lo expuesto anteriormente, que el Ministerio Fiscal pueda encomendarle directamente a la ORGA la localización de activos, ya sea en el ámbito de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional o del procedimiento de decomiso autónomo, entre otros.

En relación con el Ministerio Fiscal, existen numerosas previsiones de funcionamiento de la ORGA, que están en línea con la experiencia europea y con la

17. Finalmente se ha constituido como un órgano de la Administración General del Estado dependiente del Ministerio de Justicia y auxiliar de la Administración de Justicia.

18. En el caso de otros bienes, nunca ha planteado dificultades (piénsese en el embargo de un inmueble frente al de un buque). Es por ello que la ORGA pretende evitar estas depreciaciones con gestión eficaz y profesionalizada, y por otra parte, a autofinanciarse con los rendimientos de los bienes, sin perjuicio del destino legal de los activos.

tendencia a la asunción de mayores funciones por el Ministerio Fiscal en el ámbito de la recuperación de activos. Así, las Fiscalías pueden solicitar asesoramiento técnico de la ORGA para obtener el máximo beneficio económico en la ejecución de embargos y decomisos, el Ministerio Fiscal tiene a su disposición el inventario de todos los bienes embargados y decomisados que sean objeto de los expedientes de la ORGA. A su vez, la Fiscalía general del Estado puede ser beneficiario de los recursos de la ORGA, y en la Comisión de Adjudicación de bienes producto del delito adscrita al Ministerio de Justicia que distribuye los recursos económicos obtenidos por la ORGA la Fiscalía general del Estado designa uno de los seis vocales, y el director general y el personal de la ORGA pueden ser miembros de la Carrera fiscal.

Por lo expuesto, de las amplias e importantes funciones asumidas en relación con todo tipo de infracciones penales, la ORGA está llamada a ser un instrumento muy relevante en la recuperación de activos. En este sentido, su configuración como órgano administrativo no empece su versatilidad, pues como hemos visto se sirve de las virtudes de la Administración pública pero para dar un servicio a la Administración de Justicia del que no se disponía y que es realmente necesario.

3.3. Análisis crítico de la situación actual

Hemos analizado cómo el legislador, de forma continuada e incesante, ha venido estableciendo procedimientos para conseguir alcanzar el objetivo de estrangulamiento financiero del delincuente. Sin embargo, y sin despreciar el esfuerzo realizado hasta la fecha, existen varias cuestiones que deben ser reformadas para conseguir un procedimiento penal avanzado y una reducción del riesgo de comisión de delitos.

Lo primero que debe destacarse es que en determinados organismos debe existir una serie de controles administrativos exigentes que impidan la comisión de delitos, pues en demasiado casos los controles son insuficientes y se limita la protección a la prevención general y especial otorgada por el derecho penal, lo que evidentemente no es efectivo porque el delito ya se ha cometido.¹⁹

Por otra parte, la experiencia demuestra que la utilización de sociedades es un elemento de dificultad adicional para la lucha contra la delincuencia. Por tanto,

19. Es curioso que en la Administración local, en la que tantos excesos se han cometido, los interventores de Ayuntamiento carezcan de capacidad de paralización de decisiones, y que su estatuto no sea de independencia e inamovilidad dentro del Ayuntamiento (existen numerosas plazas en comisión de servicio, no existen concursos de traslado reglados, etc.). El objetivo ha de ser un cuerpo separado del Ayuntamiento, por ejemplo integrado en la Diputación provincial o Comunidad Autónoma, independiente, inamovible y con decisiones vinculantes en primera instancia, y sin perjuicio de recursos administrativo y contencioso-administrativo.

sin impedir la utilización de sociedades, sí debieran establecerse requisitos de funcionamiento que permitiesen la persecución de delitos.²⁰

Ahora bien, el futuro del proceso penal, sobre todo en materia económica compleja, pasa por la atribución de la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal, en el que existan unidades adscritas de policía judicial, preferentemente con dependencia orgánica y no funcional,²¹ y en el que se puedan crear equipos de investigación, y con atribución de las medidas cautelares reales al director de la investigación.²²

Pero ello a su vez requiere una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aumentando la independencia interna de sus miembros,²³ la generalización del principio de oportunidad a fin de dedicar esfuerzos a materias relevantes, la limitación de las personaciones de acusaciones particulares y populares²⁴ y una reorganización territorial de la Justicia que permita superar la división en partidos judiciales, puesto que la delincuencia no se limita a una acción puntual en un lugar, sino que es continuada e internacional.

Es por ello que los pasos dados son muy correctos, pero queda mucho camino por andar.

20. Uno de ellos sería la necesidad de existencia de un registro de socios en el Registro Mercantil, y no en libro de la sociedad al que en determinados casos es complicado acceder, favoreciendo, sobre todo en el caso de sociedades de responsabilidad limitada, la utilización de personas interpuestas.

21. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (ALECRIM) establecía una dependencia funcional, mientras que el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 (PCPP) consideraba más garantista una policía judicial con dependencia orgánica del Ministerio Fiscal. Y es que pensemos que en ocasiones se dice que la Justicia está politizada o que el Ministerio Fiscal tiene excesiva dependencia del Gobierno, pero realmente la investigación la realiza la policía, que sí depende del Gobierno, a diferencia del Ministerio Fiscal.

22. Si la recuperación de activos es una prioridad, la competencia para adoptar medidas cautelares debe residenciarse en el director de la investigación. Obviamente con capacidad de control judicial inmediato (no diferido el recurso en el tiempo, lo que sí debe ser la norma general, al terminar la investigación), pero con medidas adoptables inmediatamente, y no susceptibles de ser pospuestas a la decisión de otro órgano al que deba ser instado, por el riesgo de ralentización de dichas medidas. Para ello no existe ningún obstáculo constitucional, sólo precisa de la inclusión en norma con rango de Ley (no afecta a derechos fundamentales, y eso que el Ministerio Fiscal sí puede restringirlos, sencillamente mediante consulta a registros que afectan al derecho fundamental a la intimidad personal), y es algo plenamente aceptado para órganos administrativos (la Agencia Tributaria o un Ayuntamiento embargan sin ningún inconveniente, y los intereses en juego son de inferior rango y las garantías de adoptarse en procedimiento penal por el fiscal frente a procedimiento administrativo por autoridad administrativa son manifiestamente superiores). En definitiva, no existe ningún inconveniente en embargar por el fiscal, como en países de nuestro entorno, y con control por vía de recurso.

23. La externa, pese a lo que crea la sociedad, es absoluta. Idéntica a la de un juez. La interna no, y es lo que debe ser objeto de modificación. Que el Fiscal general del Estado sea nombrado por el Gobierno sólo preocupa cuando tiene poder de dar órdenes particulares a un fiscal o de nombrar un cargo relevante. Si sólo se permiten órdenes genéricas y previas (imprescindibles para el trabajo de la Fiscalía) y los nombramientos son por concurso de méritos (concurso específico) en vez de por libre designación, el poder del Fiscal general ya está limitado. Ese debe ser el objetivo, no buscar otras formas de nombramiento.

24. La acusación popular, que está prevista en nuestra Constitución —art. 125—, no es ilimitada, y debe ser una garantía para la transparencia del proceso penal, y no un obstáculo como en la práctica se ha demostrado, o como un instrumento para defender toda suerte de intereses que no se persiguen con el proceso penal.

4 | Aspectos procesales en los delitos contra la Hacienda Pública: liquidaciones tributarias, medidas cautelares y ejecución de sentencias

Bernardo Blanco¹

En esta intervención el ponente explica las novedades que se han incorporado en materia procesal para tratar de recuperar las cuotas eludidas a la Hacienda Pública. Para ello, se centra en tres aspectos fundamentales las liquidaciones tributarias, las medidas cautelares y la ejecución de sentencias.

En primer lugar, hace referencia a las novedades que introduce la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal en el art. 305 CP, siendo las principales la consistente en evitar que se paralice el procedimiento recaudatorio por el mero hecho de que se inicien actuaciones procesales penales, y de otro lado, la posibilidad de que la Hacienda Pública pueda efectuar dos liquidaciones, una con los conceptos y cuantías vinculadas al delito y otra no vinculada al mismo. De forma que, la liquidación no vinculada al delito seguirá el procedimiento ordinario previsto en la normativa tributaria.

Respecto a las medidas cautelares pone de manifiesto cómo se potencian las mismas, atribuyéndole a la Administración Tributaria la facultad de proceder a su adopción (embargo de bienes, prohibición de disponer, etc.) antes de presentar su denuncia o querrela al Ministerio Fiscal o, a los órganos jurisdiccionales. En este sentido, también puede practicar medidas cautelares respecto de la liquidación vinculada al delito pudiéndose, incluso, convertir en embargos.

1. El texto que se transcribe es un resumen de su intervención elaborado por D^a Laura Álvarez Suárez, investigadora del área de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, y ha sido extraído de la grabación de las Jornadas.



Asimismo, puede seguir decretando estas medidas, una vez presentada su denuncia o querrela.

Por último, se encomienda a la Agencia Tributaria la ejecución de los pronunciamientos económicos de la sentencia que comprenden tanto la multa como la responsabilidad civil (art. 305.7 CP), esto responde a que dispone de mecanismos de información y naturaleza coercitiva

que contribuyen a hacer efectiva la ejecución. No obstante, aunque la Agencia Tributaria efectúa el procedimiento de apremio, el Juez no queda desprovisto de su facultad de hacer ejecutar lo sentenciado. De modo que, la Agencia Tributaria tiene que rendir cuentas sobre el desarrollo de la ejecución al Juez y, cualquier otro tipo de pretensiones que surjan en el procedimiento ha de someterlas al control jurisdiccional.

5 | Conclusión

Fernando Gómez de Liaño González

Como resumen de las intervenciones de los ponentes se pueden poner de manifiesto tres ópticas diferentes:

- 1) La del catedrático Nicolás Rodríguez García, que ha realizado una exposición sobre las normativas aplicables al caso detectando una insuficiencia de medios personales y materiales, exigidos por una eficacia.
- 2) La del Abogado del Estado Bernardo Blanco, con un exhaustivo relato, sobre las normas fiscales, administrativas y procesales aplicables a la persecución de delito fiscal y recuperación de activos.
- 3) La del Fiscal de delitos económicos, Enrique Valdés que se fijó principalmente en los instrumentos que poseemos en estos momentos para recuperar el dinero defraudado, con sus problemas a la hora de hacerlos efectivos.

Entiendo que todas ellas confluyen en un defectuoso funcionamiento de los tribunales, con falta de dotaciones dirigidas obtener una mayor eficacia de sus resoluciones. Y siempre vamos a dar al mismo sitio, el juez con una sentencia que sea haga efectiva y sin dilaciones, puede constituir una solución ejemplar, que impida que la corrupción se extienda y lleguemos a conocer mecanismo que sirvan de verdad para la recuperación de activos, haciéndose caso a algunas legislaciones, como la General Penitenciaria, que impide salir de los establecimientos penitenciaros a quienes no hayan satisfecho las responsabilidades de orden pecuniario. Miremos alrededor y meditemos. A lo mejor encontramos alguna que otra solución.

Gracias por escucharnos, y para los alumnos presentes, que tomen buena nota porque ponemos muchas esperanzas en las generaciones futuras.

VI MESA REDONDA LA ACCIÓN POPULAR

La segunda Mesa Redonda con el título *La acción popular* estuvo moderada por el Prof. Dr. D. Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña y en ella participaron la Prof. Dra. D^a Coral Arangüena Fanego, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, el Prof. Dr. D. Jesús Miguel Hernández Galilea, Profesor Titular de la Universidad de Oviedo y el Ilmo. Sr. D. Javier Domínguez Begega, Magistrado Presidente de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Asturias y profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo.



1 | La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio¹

Coral Arangüena Fanego

1.1. Introducción y punto de partida: el reconocimiento de la acción popular en los textos legislativos

Me corresponde abrir estas ponencias dedicadas la acción popular; ese lujo del Derecho (en palabras de Calamandrei) con que contamos en España y que en los últimos años está recibiendo críticas más o menos aceradas e intentos legislativos (o, más bien, pre-legislativos) encaminados a reducir su ámbito de aplicación.



Vaya por delante que estoy a favor de una reforma; pero aclaro ya que mi apuesta es por que está se dirija a clarificar los límites del instituto, límites apuntados o sugeridos con (sólo) relativa claridad en la ley, pero desbordados

1. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan Nacional I+D *Garantías procesales de investigados y acusados: la necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito Unión Europea* (Ref.DER2016-78096-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y de cual soy investigadora principal junto a la Dra. De Hoyos. Se corresponde en lo esencial con la ponencia impartida el 14 de octubre de 2016 en la Universidad de Oviedo en las *Segundas Jornadas de Derecho Procesal - Memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez*. Se ha procurado respetar el tono de la presentación oral, lo que se traduce también en la reducción al mínimo de las referencias bibliográficas.

por una interpretación jurisprudencial que en algunas ocasiones me atrevería a calificar de *contra legem*.

Por todo ello, y porque me corresponde dar comienzo a esta mesa redonda dedicada al tema, y dado que me seguirán dos ponentes que abordarán con detalle cuestiones más específicas del instituto, comenzaré por exponer los aspectos básicos de su regulación deteniéndome en sus límites, para tratar de analizar cómo y por qué se han desbordado y, en su caso, por qué y cómo hemos de reconducir a sus debidos márgenes al instituto.

No es momento de detenernos en los orígenes de esta institución, por ser sobradamente conocidos y haber extensos estudios sobre el particular.² Nos limitaremos aquí a recordar su perfecto ensamblaje dentro de nuestro sistema acusatorio formal que en orden al ejercicio de la acción penal y habida cuenta de su carácter público posibilita su ejercicio de manera generosa en comparación con el resto de países europeos³ con una estructura tricéfala, al diferenciar la acusación pública u oficial del Ministerio Fiscal (105 LECrim); la acusación particular o privada mantenida por el ofendido, en función del tipo de delito a perseguir (101 y 104 LECrim, respectivamente); y la acusación popular sostenida por el particular no agraviado (101 LECrim) que actúa en defensa de un interés público en régimen de absoluta independencia y sin vinculación con la posición que adopte el Ministerio Fiscal, respetando así el bagaje histórico de esta institución.⁴ Como indica la STS 702/2003, Sala Segunda, de 30 de mayo, «... su ejercicio lo es en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquél, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular y no por el Ministerio Fiscal, si éste estima que no procede su ejercicio».

En efecto, la Constitución de 1812 la regulaba en su artículo 255 posibilitando su ejercicio en los delitos de soborno, cohecho y prevaricación de jueces y magistrados⁵ y dejando patente que el origen de esta previsión podría encontrarse en una desconfianza hacia la Magistratura a la hora de depurar las responsabilidades de alguno de sus miembros por el riesgo de blindaje de estos; por

2. Véase, entre otros, PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.

3. Para un estudio comparativo véase ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales*, Marcial Pons, 2012; DE HOYOS SANCHO, M. *El ejercicio de la acción penal por las víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

4. También se consiguen compaginar, dentro del proceso, intereses surgidos de tres fuentes bien distintas: la actuación de la víctima buscando la reparación del daño, la intervención del ciudadano como miembro perteneciente a la comunidad social y la protección procurada por el Estado mediante la figura del acusador público.

5. «El soborno, el cohecho y la prevaricación de los Magistrados y Jueces producen acción popular contra los que los cometen»

ello se autoriza expresamente a cualquier ciudadano a que ejercite la acción penal y denuncie los más típicos delitos relacionados con la actuación judicial.⁶ Esta misma solución se mantiene en el art. 98 de la Constitución de 1869 al posibilitar su ejercicio en relación con los delitos cometidos por jueces y magistrados en el ejercicio de su cargo.⁷ La acogida y desarrollo posterior en la legislación ordinaria (leyes procesales penales de 1972 y 1882) en términos más amplios al no limitarse a los indicados delitos extendiéndose a todos los de carácter público, explica que se prescindiera de un reconocimiento genérico en la Constitución de 1931 y se optara por hacer una alusión específica en el art.29 en relación con los delitos de detención y prisión ilegales dadas las particularidades que presentaba su ejercicio al prescindirse de la exigencia de prestación de fianza.⁸

Hoy se proclama en el art.125 CE:

Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular... en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...». Y en consonancia con tal reconocimiento genérico, el artículo 19.1 de la LOPJ, norma rectora de todos los órdenes jurisdiccionales, establece que «los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley», dando entrada a la acción popular en todo proceso siempre que así lo determine una norma legal y añadiendo a continuación —art.20.3— para garantizar la efectividad de tal derecho que «...no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular...

Centrándonos en el proceso penal, al que está básicamente circunscrita la acción popular, y que en estas Jornadas es el tema que nos reúne, en el nivel legislativo ordinario y bajo la vigencia de la Constitución de 1869 se reguló por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 en su artículo 2, en términos idénticos a los que hoy recoge nuestro art.101 de la vigente LECrim. de 1882: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley». Se generaliza así en este precepto y concordantes para todos los delitos públicos, probablemente como reacción al secretismo que imperaba en el modelo procesal inquisitivo previo y por des-

6. Como señala J. GIMÉNEZ GARCÍA, con ello se diría que se está dando una respuesta a la permanente pregunta *¿Quis custodet custodios?* («Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 7/2010 (*Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*), pág. 213.

7. «Todo español podrá entablar acción pública contra los jueces o magistrados por los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo»

8. El art. 29 de la Constitución republicana tras proclamar la imposibilidad de acordar la detención o prisión salvo en caso de delito y mediante auto motivado, y la responsabilidad de las autoridades que infringieran este mandato, reconoce en su párrafo final que «la acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún tipo».

confianza hacia los propios órganos de la Administración de justicia, según deja traslucir la propia Exposición de Motivos de la LECrim,⁹ si bien casi siglo y medio después, no parece que el fundamento de la vigencia de la acción popular pueda apoyarse en tal planteamiento sino en el derecho de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia (siendo especialmente indicada para instar la protección de derechos colectivos y/o difusos) y como control y complemento a la actuación del MF.¹⁰ Conforme a dicha regulación la acción popular confiere legitimación activa para que un ciudadano pueda constituirse en parte en un proceso sin necesidad de invocar la lesión de un interés propio, actuando en defensa de la legalidad.

Las condiciones y límites para su ejercicio están recogidos en la LECrim. y leyes concordantes. Téngase en cuenta que como indica nuestro TC (STC 64/1999, de 24 de junio) "la Constitución en ese precepto —art. 125 CE— abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse". Y en atención a tales circunstancias este Tribunal ha declarado que "es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción".

De los preceptos indicados, pueden extraerse tres notas básicas para el análisis de los límites vigentes y futuros del instituto.

En primer lugar, se trata de un derecho que tiene reconocimiento constitucional y que, en cuanto tal, vincula al poder legislativo que no podrá derogar o desconocer el juego de la acción popular (salvo que se modifique la Constitución) aunque sí modular su ejercicio.

En segundo lugar, la ubicación sistemática del precepto constitucional que la reconoce (art.125) apunta a que no se trata de un derecho fundamental en sentido estricto (ya que éstos se encuentran en la Sección I Capítulo II, Título I de la Constitución, arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30 en virtud de la expresa remisión que a ello se hace en el art. 53). Idea en la que incide el que tampoco se encuentre recogido en ningún Tratado Internacional de los firmados por España. No obstante lo cual el Tribunal Constitucional lo ha vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva del art.24 CE¹¹ en cuanto

9. Véase en este sentido AYA ONSAO, A. «El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 7/2010 (*Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*), págs. 187-188

10. Como indica F. GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, «La acción popular - la acusación particular», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 7/2010 (*Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*), págs. 238-239.

11. El debate en ese sentido se inició en la doctrina del Tribunal Constitucional desde sus primeras actuaciones, destacando la STC 34/1994, 31 de marzo, en la que afirma que «la acción popular integra el contenido de la tutela judicial

se trata de una manifestación del derecho público subjetivo al libre acceso a los Tribunales, como un *ius ut procedatur*, por lo que no se pueden poner obstáculos insalvables a su ejercicio o que la dificulten.¹²

En tercer lugar, e íntimamente relacionado con el extremo anterior, se trata de un derecho de configuración legal y como tal, su contenido, extensión y ámbito puede ser regulado por la Ley ordinaria con la única salvedad de que el legislador no podrá hacer una interpretación de esta institución tan restrictiva que en la práctica vacíe el contenido del núcleo esencial del derecho, lo que equivaldría a la eliminación de la misma.¹³ De este modo y en atención a lo preceptuado con carácter general en los arts.101 y 104 LECrim. se admite su ejercicio en el proceso penal para toda clase de delitos, salvo en el caso de los delitos privados (art.104 LECrim.), si bien y según veremos a esta limitación se han añadido posteriormente otras recogidas en la misma LECrim. y en otras normas procesales penales.

Detengámonos, por tanto, en la regulación contenida en la LECrim. para determinar cuál es el marco legal bajo el cual el legislador ha configurado el ámbito de actuación de la acción popular y, a partir de ahí, comprobemos si ese marco ha sido desbordado (que lo ha sido) y si con ello no se ha propiciado un ámbito propicio para un uso (y abuso) indebido de la institución que ha contribuido a proporcionar munición para las voces que propugnan sino su desaparición (nadie en este momento osa «abrir el melón» de una reforma constitucional) si una reducción notable en su campo de juego. Veamos, por tanto, los límites objetivos y subjetivos al ejercicio de la acción popular para ver si en la actualidad se muestran en la ley con nitidez y/o necesitan ser revisados.

1.2. Límites objetivos

En primer lugar y desde el punto de vista objetivo se admite su ejercicio en el proceso penal con carácter general para toda clase de delitos, salvo en el caso de los delitos privados (art.104 LECrim.)

efectiva», lo que implica la definitiva reconducción del contenido del art. 125 de la CE al enunciado del art. 24. Por ello la vulneración del derecho al ejercicio de la acción popular por parte de los tribunales ordinarios permite a su titular recurrir en amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como ha reconocido el TC al indicar (STC 148/1993) que la legitimación activa para recurrir en amparo resoluciones judiciales corresponde a toda persona natural o jurídica que habiendo sido parte en el proceso judicial precedente invoque un derecho legítimo. La legitimación activa no se otorga exclusivamente a la víctima o titular del derecho infringido, sino también a quien ostenta un interés legítimo, categoría más amplia que la de derecho subjetivo, e incluso interés directo.

12. GIMENO SENDRA, V. «La Acusación Popular». *Revista del Poder Judicial*, n.º 31. Septiembre 1993, págs. 89 y 90.

13. GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la acusación popular...», *op. cit.*, pág. 218.

Tal limitación sin embargo no aclara de manera suficiente si el juego de la acción popular se limita a los delitos públicos o cabe también su ejercicio tratándose de delitos semipúblicos. Estos últimos, como es bien sabido, sólo pueden ser perseguidos si previamente el ofendido ha interpuesto denuncia, siendo ésta un requisito de procedibilidad para la actuación del Ministerio Fiscal. Ahora bien, removido el indicado escollo, al haber interpuesto el agraviado denuncia (o querrela), surge la duda de si junto Ministerio Fiscal (que tiene entonces el deber de actuar) es también posible la actuación del acusador popular.

Se puede sostener que, por aplicación del principio *pro actione*, una vez salvado el requisito de perseguibilidad indicado, no hay argumentos legales suficientes para vedar la entrada en el proceso al ciudadano acusador, pudiéndose constituir en parte acusadora tras la intervención del Ministerio Fiscal. Ninguna prohibición ni referencia expresa se contiene a este respecto en la LECrim.¹⁴ y abonaría el camino a esta tesis las precedentes interpretaciones inspiradas por el principio *pro actione* realizadas por el Tribunal Constitucional en el ámbito de la proporcionalidad de la fianza o en lo referente al entendimiento del término ciudadano, según veremos a continuación.

Es más, en algunos delitos semipúblicos, como los relativos al mercado y a los consumidores (arts.278 a 286 quáter CP) o los delitos societarios (arts.290 a 297 CP), no se necesita la previa denuncia o querrela del ofendido para instar su persecución cuando tales hechos afecten a los intereses generales de la comunidad o a una pluralidad de personas (arts.287.II y 296.II CP), por lo que en tales supuestos específicos no existe requisito alguno de procedibilidad que obstaculice el ejercicio de la acción popular.

Sin embargo, la posibilidad de intervención del acusador popular en los delitos semipúblicos sigue en la actualidad sin aclararse, manteniéndose posiciones doctrinales diversas, sin que tampoco la jurisprudencia de nuestros tribunales contribuya a arrojar luz sobre esta cuestión pues las escasas sentencias pronunciadas al respecto, con apenas fundamentación, circunscriben su actuación a los delitos perseguibles de oficio.¹⁵

Se trataría, por tanto, de una cuestión que la ley debería clarificar de manera adecuada en una futura reforma.

14. Proporciona un clarificador resumen al respecto LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, JMBosch, Barcelona, 2011, págs. 452-456 a la que seguimos en este punto.

15. Véase, por ejemplo, STC 40/1994, de 15 de febrero, FJ.3º. Véase una explicación a la posición restrictiva que excluye los delitos semipúblicos de la esfera de actuación de la acusación popular en QUINTERO OLIVARES, G., «La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida», *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 37 (enero-marzo) 2015, apartado 6).

Junto a las limitaciones objetivas indicadas, en función de la naturaleza privada o semipública del delito, hay que añadir otra serie de limitaciones que se han venido añadiendo en sucesivas reformas de la LECrim. o se contienen en otras leyes y que aluden a la prohibición de su ejercicio en determinados procesos especiales

Y así, dentro de la LECrim. se excluye su ejercicio en el proceso por aceptación de decreto al ser uno de los requisitos para su empleo que no esté personada acusación popular o particular en la causa (art.803 bis a/ 3º LECrim.) y en el proceso por decomiso autónomo al resultar únicamente legitimado para el ejercicio de dicha acción el Ministerio Fiscal (art.803 ter h/ LECrim.). Fuera de nuestro texto procesal penal también se excluye en el procedimiento penal militar (art.127 de la ley orgánica 2/1989, Procesal Militar y STC 64/1999, de 26 de abril) así como en el de menores (arts.4 y 25 de la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

Finalmente y en fecha relativamente reciente (2014), se ha introducido una nueva limitación con relación a los delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional a los que se refiere la LOPJ en los apartados 3 y 4 del art.23, al disponer el nuevo apartado 6 del citado precepto (introducido por Ley orgánica 1/2014) que tales delitos «solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio fiscal». Se trata de una limitación que ha sido criticada en buena medida por dejar fuera del juego de la acción popular los delitos cometidos en el extranjero en el ámbito de la denominada justicia o jurisdicción universal, respecto de los cuales la realidad ha demostrado el relevante papel que han jugado asociaciones especialmente preocupadas por la protección de los derechos humanos. Si, como ha afirmado la doctrina penalista, la última reforma de la justicia universal llevada a cabo por la ley orgánica 172014, de 13 de marzo va a provocar la práctica derogación del principio de jurisdicción universal en el orbe normativo español, dicha afirmación se hará más real si cabe con la prohibición del ejercicio de la acción popular en estos casos.¹⁶

1.3. Límites subjetivos

Desde el punto de vista subjetivo se limita a ciudadanos españoles.

16. TOMÉ GARCÍA, J.A., «La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma», en Chozas Alonso, J.M. (coord.): *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. . 288 y 289.

Aunque tal limitación pueda considerarse anacrónica, el TC no considera que vulnere derecho constitucional alguno recordando que su proclamación en el art.125 CE remite a las condiciones de desarrollo determinadas en la ley.

No obstante tal exclusión no puede predicarse, en opinión de la doctrina mayoritaria¹⁷ de los ciudadanos comunitarios no nacionales. Ello obedece a que el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consagra el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación. Por consiguiente, todos los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea deben gozar de los mismos derechos y facultades que los nacionales del Estado miembro en el que se hallen y, en consecuencia, los ciudadanos comunitarios no pueden ser considerados a los efectos del ejercicio de la acción popular como ciudadanos extranjeros. Ahora bien, esta interpretación con ser mayoritaria no es unánime. Y convendría que una futura reforma se hiciera eco de ella incorporando la debida previsión en el articulado. Así lo hacía el

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha interpretado con generosidad el término «ciudadano» de modo que en la actualidad es doctrina consolidada¹⁸ la posición interpretativa favorable a permitir que las personas jurídicas se constituyan en acusadores populares, siempre que la promuevan para perseguir hechos delictivos que afecten a los intereses de la comunidad y, a su vez, guarden relación con las actividades especificadas en su objeto social, estableciéndose la acción popular como un medio idóneo para conseguir la realización de sus fines asociativos.

Nada que objetar a este respecto, pues somos de la opinión de que una acción popular real y efectiva y no meramente simbólica requiere en la mayor parte de los casos su ejercicio por una persona jurídica con una mínima estructura organizativa y medios suficientes para su sostenimiento.¹⁹ Y ello pese a que la LE-Crim. siga guardando silencio sobre este punto pues las últimas modificacio-

17. No faltan voces críticas sobre esta interpretación extensiva. Así MANZANARES SAMANIEGO advierte que el concepto de ciudadano europeo, fácilmente utilizable en el ámbito de los derechos civiles, no impide, por ejemplo, que se exija la nacionalidad española para ser juez o fiscal en España. Además de que la acción popular carece de reciprocidad en los ordenamientos jurídico penales de otros países de la Unión Europea («La acción popular», *Diario La Ley*, Nº 8772, 30 de mayo de 2016).

18. Frente a la postura interpretativa inicial que con base en una lectura estricta del término «ciudadano» a que se refiere el art.101 LECrim. restringía el ejercicio de la acción popular a las personas físicas, la STS 241/1992, de 21 de diciembre, admitió sin reparos la legitimación de las personas jurídicas para mostrarse parte en el proceso penal como acusación popular, considerando que «es obvio que la persona a la que se refiere el art. 24.1 CE, como titular de un derecho que comprende el de recabar la tutela judicial del derecho a acceder a la jurisdicción a través de la acción popular es tanto la persona física como la jurídica o colectiva y que, sólo a través de una interpretación restrictiva de la expresión ciudadano...»

19. De ahí que no me parezca acertada la extraordinaria reducción que se efectuaba en el Anteproyecto de 2013, que tratándose de personas jurídico privadas limitaba el ejercicio de la acción penal a aquéllas formalmente constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delitos de terrorismo (art.70.2º).

nes introducidas en ella que amplían el ámbito de actuación de determinadas personas jurídico privadas (asociaciones de víctimas y personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los intereses de las víctimas a las que se refiere el art.109 bis 3.I LECrim.) se refieren a su participación como acusadores particulares, que no populares, en la causa, como lo evidencia el hecho de que se exija para tal personación la expresa autorización de la víctima a tal fin, y la exoneración de fianza que les dispensa el art.281.3º LECrim, precepto éste último también modificado (como el nuevo 109 bis) por la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.²⁰

Ahora bien, cosa distinta es la falta de control de los intereses que en cada caso legitiman su actuación y, especialmente, la ampliación expansiva a todas luces excesiva que a partir de aquí se ha hecho, desvirtuando —a nuestro juicio— la propia esencia de la institución.

Baste con citar, a este respecto, la entrada que se ha dado a las personas jurídico públicas en el proceso ejercitando la acción popular. Se trata de una apertura, en nuestra opinión, incorrecta y sin base alguna que la sostenga²¹ que se ha posibilitado en el ámbito de la violencia de género merced a la normativa autonómica que la contempla de manera expresa.²²

Desde un punto de vista teórico, la justificación que se aduce de que el ejercicio de la acción popular se lleva a cabo con el fin de proteger los intereses de la sociedad, se responde de inmediato recordando la existencia de un órgano público, como es el Ministerio Fiscal, cuya función es promover la actuación de la justicia (124 CE) con lo cual ya se garantiza el cumplimiento de la función social, resultando innecesario, por reiterativo, la constitución de otros entes públicos en acusadores populares para defender el mismo interés. Además de

20. Sobre estos extremos véase, con amplitud, DE HOYOS SANCHO, M., *El ejercicio de la acción penal...*, op. cit., págs. 227 y ss.

21. Adviértase que la única mención recogida en la LECrim. de ejercicio de la acción penal por personas jurídico públicas es la contenida en el párrafo final del actual art.109 bis 3 que en los casos en que el delito cometido tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, confiere legitimación para personarse también en la causa a la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible. Tal previsión, introducida por ley orgánica 1/2003, de 10 de marzo para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales y que se recogió en el antiguo art.110 LECrim., no constituye en nuestra opinión un supuesto de legitimación como acusación popular, sino, más bien como acusación particular en cuanto tal Administración local resulta directamente ofendida y/o perjudicada por el delito.

22. Véase, sobre este punto, JUAN SÁNCHEZ, R., «Ejercicio de la acción popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único». *La Ley*, nº 6897, de 5 de marzo de 2008; GÓMEZ AMIGO, L., «El ejercicio de la acusación popular en los delitos de violencia de género», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 765, 2008, págs. 1-8; BANACLOCHE PALAO, J., «La acusación popular en el proceso penal. Propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 2008, pág. 34); ECHANO BALDASÚA, J.I. «Acusación popular ¿legitimación de las personas jurídico públicas y de los partidos políticos?», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 7/2010 (*Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*), págs. 155-185.

redundante, se compeadece de manera inadecuada con la situación del encausado que debería hacer frente a dos acusaciones «oficiales» que tendrían un mayor abastecimiento de recursos, a cargo del presupuesto público, en comparación con un simple particular.²³

Pero además suscita serias dudas de constitucionalidad que una norma autonómica pueda conferir legitimación alguna a tal efecto, puesto que el propio artículo 149.1.6.^a CE, reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». Pese a ello, sucesivos pronunciamientos del TC (STC 311/2006, 8/2008 y 18/2008) han concedido el amparo a las Comunidades Autónomas que habían visto denegada por los tribunales ordinarios su legitimación para actuar como acusadores populares en la causa en los términos que les reconocían sus correspondientes leyes autonómicas sobre la materia. El hilo conductor del razonamiento que guía la primera de las sentencias (STC 311/2006, de 23 de octubre),²⁴ consistió en afirmar que ni en el art. 125 CE ni en la normativa general constituida por la LECrim existe una exclusión expresa de las personas jurídicas públicas para el ejercicio de la acción popular, y que corresponde al legislador la ponderación de la compatibilidad entre la institución de la acción popular y su titularidad por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, pues

es el legislador quien tiene la competencia para configurar los mecanismos procesales de acceso a la jurisdicción entre los cuales en los procesos penales se cuenta con el de la acción popular». El óbice de constitucionalidad al que anteriormente aludimos lo esquivamos indicando que «los órganos judiciales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley» y añadiendo, acto seguido, que «en el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad.

23. A lo que añade JIMÉNEZ CARDONA que puede ser incluso hasta arriesgado, porque establece de facto la existencia de una vía que haga posible la intervención del poder ejecutivo encaminada a burlar el deber de imparcialidad al que está sujeto el MF («La acción popular en el sistema procesal español», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto 2014, pág. 62).

24. Con posterioridad, en aplicación de la doctrina derivada de esa primera sentencia, la STC 8/2008, de 21 de enero, otorgó el amparo al Gobierno de Cantabria frente a una resolución de la Audiencia Provincial de Santander que denegó la personación del Gobierno de Cantabria en ejercicio de la acción popular en el procedimiento del Tribunal de Jurado, a pesar de que la misma estaba prevista en el art. 18 de la Ley autonómica 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria. Poco después, la STC 18/2008, de 31 de enero, otorgó de nuevo el amparo al Gobierno de Cantabria frente a la resolución judicial que le tuvo por no personado en ejercicio de la acción popular en el procedimiento de Tribunal de Jurado con remisión a la STC 8/2008, de 21 de enero.

Con posterioridad el TC en sentencia 67/2011, de 16 de mayo, otorgó también el amparo con base esta vez en la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género frente a las resoluciones judiciales que negaron legitimación para actuar como acusación popular en el proceso al Delegado especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer. Aquí la crítica no puede hacerse a la cualidad de la norma sobre la que se sustentaba tal legitimación (una ley orgánica); sí en cambio al hecho de que en su articulado no se recogía en puridad habilitación expresa al Delegado del Gobierno, pese a lo cual el TC con una interpretación tan generosa como discutible acude a la Exposición de Motivos de la propia ley como soporte fundamental²⁵ y concluye que

aunque el art. 29.2 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, no contenga una habilitación expresa al Delegado especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer para ejercitar la acción popular y descartada su personación como acusación particular, puesto que esta figura se reserva por el legislador para aquellos perjudicados por el delito, no es posible desconocer que el legislador orgánico atribuye al Delegado especial del Gobierno una habilitación *ex lege* para personarse antes los órganos jurisdiccionales en todos aquellos procesos que recaigan en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

En definitiva, consideramos errónea la referida interpretación extensiva que ha propiciado la intervención de personas jurídico públicas como acusadores populares en el proceso. Y que entendamos necesaria, para evitar la pervivencia de estas situaciones, que una futura reforma recoja expresamente en su articulado la prohibición de ejercicio de la acción penal en tal condición. Así se preveía tanto en el Anteproyecto de reforma de 2011 (art.82.1.d/) como en

25. «Ahora bien, como alegó el Abogado del Estado tiene especial relevancia la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, donde el legislador explicita el contexto social al que la ley trata de ofrecer respuesta y, por tanto, los objetivos de la misma.

Efectivamente, de acuerdo con la doctrina constitucional derivada de las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 7, el Tribunal tiene declarado sobre la naturaleza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las leyes, que: «sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Su destinatario es, pues, el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer. El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada».

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 dispone que ...«los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud».

el de 2013 (art.70.2.d)²⁶ si bien en este último se iba bastante más allá excluyendo asimismo (y de manera criticable en nuestra opinión) a las personas jurídico privadas.

Dando un paso más, y para terminar estas consideraciones relativas a los límites subjetivos hay que indicar que también desde este punto de vista subjetivo la ley establece una serie de limitaciones al acusador popular (que no afectan al particular) que pueden agruparse en dos categorías.

Por una parte, una serie de casos en los que no se permite al sujeto ejercitarla por condiciones ínsitas a él mismo.

Se trata de las causas absolutas previstas en el art. 102, cuya concurrencia excluye la legitimación de «quienes no gocen de la plenitud de los derechos civiles» (caso de los menores, discapacitados y pródigos declarados por sentencia judicial firme).

Asimismo, de quien «hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo de delito de denuncia o querrela calumniosas», extremo que hay que entender hoy referido al delito de acusación o denuncia falsa tipificado en el art. 456 del CP. Esta segunda limitación es criticable no sólo porque se exijan dos sentencias firmes (cuando a todas luces sería más que suficiente con una para justificar una cierta desconfianza acerca de la veracidad de los hechos que alegue para constituirse en acusador popular); también porque la excepción no se extienda en la actualidad al resto de delitos contra la Administración de Justicia recogidos en el título XX del Libro II CP; entre otros, el falso testimonio, la simulación de delito u obstrucción a la Justicia, pues en ellos también se desprende una conducta inadecuada de un buen ciudadano. A este respecto hay que advertir que los dos textos prelegislativos elaborados en legislaturas precedentes para sustituir a la LECrim. (Anteproyectos de 2011 y 2013) coincidían²⁷ en incorporar esta ampliación.²⁸

26. Ambos coincidían en excluir a las Administraciones públicas, los partidos políticos y los sindicatos. Se trata de unas exclusiones que, ciertamente y en lo que se refiere al menos a sindicatos y partidos políticos, han generado controversia. No es posible abordar en estas páginas con un mínimo detenimiento este extremo; para ello nos remitimos a estudios como el de MONTERO AROCA (*Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 297 y 298) TOMÉ GARCÍA («La acción popular...», *op. cit.* págs. 279 y ss.).

27. Véanse los arts. 82.1º del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal informado en el Consejo de Ministros del 22 de julio de 2011: el denominado «Anteproyecto Caamaño») y 70.2º del de 2013 (Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborado por la Comisión institucional designada por el Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2012, que entregó su trabajo el 25 de febrero de 2013, conocida como «Anteproyecto Gallardón»)

28. Hay quien propugna incluso la conveniencia de que esta exclusión se extienda a las personas que han cometido cualquier otro tipo de delitos (v.gr. OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular: (pautas para una futura regulación legal*, Madrid, 2003, págs. 71)

Finalmente tampoco está legitimado como acusador popular «el Juez o magistrado», toda vez que dicho ejercicio es incompatible con la función que desempeñan. Razón ésta que justificaría sobradamente la ampliación de la exclusión a los Fiscales (como se preveía en los Anteproyectos de reforma de la LECrim. de 2011 y 2013, arts.82.1º y 70.2º respectivamente).²⁹

A las indicadas causas absolutas, se suma un segundo grupo donde queda excluida la acción popular por la relación de parentesco (matrimonial o paterofilial) que media entre querellante y querellado. Se trata de las causas relativas previstas en el art. 103 LECrim., donde el legislador expresa su voluntad de anteponer el mantenimiento de la paz y armonía familiar ante la facultad de persecución delictiva. Aquí, las soluciones pro futuro barajadas por los Anteproyectos de 2011 y 2013 han sido discrepantes pues mientras el primero de los citados ha eliminado la referida causa limitativa de su articulado, el segundo sí la ha mantenido (art.70.2º en relación con 370.1º), ampliándola además al conviviente (esto es, a la persona unida por una relación de afectividad análoga a la conyugal).

1.3.1. Límites (o requisitos) procesales

La LECrim. condiciona el ejercicio de la acción popular al cumplimiento de una serie de requisitos procesales que no se exigen al acusador particular por la cualidad que tiene de ofendido por el delito.

Se le exige actuar necesariamente por medio de querrela (arts.109 bis y 110 LECrim. en relación con 270 y 761.2 *a contrario sensu* del citado texto legal), comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado,³⁰ y (salvo residuales excepciones)³¹ se le excluye por lo general de la posibilidad de obtener justicia gratuita (art.2 de la Ley 1/1996). Se le exige además la prestación de una fianza (art.280 LECrim)³² para responder de las *resultas del*

29. Algunos autores indican la conveniencia de que dicha prohibición alcanzara igualmente a los Letrados de la Administración de Justicia y demás funcionarios de Justicia, de forma similar a lo previsto por el art.10.7º de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado (así TOMÉ GARCÍA, J.A., «La acción popular en el proceso penal...», *op. cit.*, pág. 273.

30. No mencionamos aquí la eventual imposición de una única dirección letrada habiendo varias acusaciones establecida en el art.113 LECrim. por ser solución común a acusación popular y acusación particular.

31. Véase art.2. c) que sólo prevé la concesión de este derecho para las siguientes personas jurídicas cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar: 1.º Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 4.º de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las Asociaciones; 2.º Fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente.

32. Con los límites que marca el art.20.3 LOPJ. Sobre la proporcionalidad de la fianza y los problemas que plantea la tendencia a referirlo a los medios económicos del sujeto (persona física o jurídica) a quien se exige y no a lo que marca el art.280 (resultas del juicio) vid. la crítica de PÉREZ GIL, J., *La acusación popular...*, *op. cit.* págs. .552 y ss.

juicio;³³ esto es, de las costas cuando resulte condenado por apreciarse por el juzgador temeridad o mala fe (art.240.3 LECrim)³⁴ y, en su caso, de la eventual responsabilidad dimanante de una acusación calumniosa (delito de acusación falsa, art.456 CP). También deberá prestar depósito para presentar cualquier recurso conforme a la disposición adicional decimoquinta 1.II LOPJ que dispone que «en el orden penal este depósito será únicamente exigible al acusador popular». Y, finalmente, y a diferencia de lo que sucede con las costas de la acusación particular, las devengadas por la acusación popular están excluidas, por regla general,³⁵ de la condena en costas criterio jurisprudencial consolidado que se explica habida cuenta de que otra solución supondría una repercusión económica sobreañadida al condenado³⁶

Con todo, estos límites recogidos con claridad en la ley han sido también en buena parte objeto de una interpretación harto flexible por nuestros tribunales.

De este modo, algunas resoluciones del TS partiendo de la diferenciación entre el derecho a iniciar el proceso —que deberá hacerse necesariamente mediante querrela— y el derecho a ser tenido como parte en un proceso ya iniciado, han permitido la personación del acusador popular en un proceso ya iniciado sin necesidad de interponer querrela, pero con importantes limitaciones de actuación pues únicamente puede adherirse a una de las acusaciones sostenidas por las demás partes. Se trata de una solución, en nuestra opinión, criticable en cuanto carente de apoyo legal, además de poco práctica pues tal limitación en la autonomía de actuación, que actúa a modo de contrapeso con la posibilidad de entrar en un proceso ya iniciado sin necesidad de interponer querrela, desvirtúa en buena medida lo que debe ser la acción popular. Y en todo caso está condicionada por el límite preclusivo de la calificación de delito pues si la ley

33. Véase, por ejemplo a este respecto el auto del TS Sala 2ª nº 9508/2016, de 6 de octubre dictado en la causa especial del caso Rita Barberá en la que el instructor exigió al PSOE una fianza de 3000 euros para ejercer la acusación popular. El auto recuerda que tanto el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, como la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, elaborados por gobiernos de signo político diferente, prohibían expresamente el ejercicio de la acción popular por los partidos políticos: «Es cierto que estos proyectos no han alcanzado vigencia, y que existe una cuestionable práctica judicial que admite, con carácter general, la personación de los partidos políticos como acusación popular en causas contra políticos de otros partidos. Pero ello no excluye que, aun admitiendo la personación, se adopten las necesarias cautelas, lo que no permite privilegiar este tipo de acusaciones e impide que se prescinda del señalamiento de la oportuna fianza»

34. Véase, por ejemplo, la condena en costas a la acusación popular en la sentencia 13/2017, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Baleares (caso Noos) al apreciarse temeridad y mala fe en el mantenimiento de la acusación frente a dos de las acusadas pese a la «inconsistencia palmaria de las pruebas practicadas en el acto del juicio».

35. Con excepción de los supuestos de ejercicio de la acción en defensa de los denominados intereses difusos o de tercera generación. Véase, como especialmente ilustrativas, las SSTs 977/2012, de 3º de octubre y 125/2016, de 22 de febrero.

36. O, como dicen las SSTs 903/2009, de 7 de julio, 947/2009, de 2 de octubre, 41/2013, de 23 de enero y 717/2015, de 28 de octubre, el acusado no tiene por qué soportar las consecuencias económicas de la intervención de quienes no siendo perjudicados por el delito se personan en la causa en defensa del interés público que se presume respaldado por el Ministerio Fiscal.

(art.109 bis 1 LECrim.) fija este momento como preclusivo para el ejercicio de la acción penal por la víctima, otro tanto debe hacerse al acusador popular.

También se atenúa el requisito de la prestación de fianza; así aunque se erige como requisito indispensable para la eficacia de la querrela, no suele exigirse su prestación cuando no cumpla una función disuasoria por existir antes de la personación de la acusación popular un proceso abierto. De este modo se considera que no debe prestarse cuando en un proceso ya iniciado la acusación popular se adhiere a una acusación existente, porque en este caso ni siquiera debe querrellarse al actuar como mero coadyuvante. Nuevamente nos encontramos con una interpretación excesivamente generosa, pero carente de apoyatura alguna legal y que hace caso omiso de lo que exige el art.280 LECrim.

Se trata, por lo demás, de cuestiones no exentas de controversia. Lo que se pone de manifiesto en la diversidad de las soluciones acogidas en los Anteproyectos de LECrim. de 2011 y 2013. Y es que si bien ambos textos eran coincidentes a la hora de exigir la personación en todo caso por medio de querrela (art.85 y 72, y ello con independencia de que con ella se provocara la iniciación del proceso o se incorporara a uno ya en marcha), no sucedía lo mismo cuando del requisito de la fianza se trataba. El Anteproyecto de 2011 la preveía con carácter facultativo dejando en manos del Juez la posibilidad de exigir su prestación de manera proporcionada a los medios económicos del querellante, a la naturaleza del delito y a los perjuicios y costas que pudieran derivarse del procedimiento, mientras que el de 2013 exigía que la fianza se fijara sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las restantes partes limitándose a responder de las costas que pudieran imponerse en la sentencia.

1.3.2. Límites jurisprudenciales: breve referencia a la doctrina «Botín» y «Atutxa»

Gimeno Sendra ha destacado que la evolución ha sido la tónica de la acusación popular prevista en nuestro ordenamiento jurídico, distinguiendo varias etapas.³⁷ De este modo y atendidas las mínimas variaciones producidas sobre la regulación de la acción popular en nuestra legislación, a las que hemos hecho referencia en estas páginas, y siguiendo al autor citado puede hablarse de una primera etapa *abolicionista*, que se extendería prácticamente hasta la Constitución de 1978, fase en la que, en la práctica forense, el ejercicio de la acusación popular brillaba por su ausencia debido, entre otras razones, al establecimiento de fianzas desorbitadas.

37. GIMENO, «La acusación popular», *Rev. Poder Judicial*, CGPJ, 1993, n.º 31, págs. 93-94.

Una segunda etapa o fase que puede calificarse de *permisiva*, que abarcaría el período comprendido desde la aprobación de la Constitución de 1978, hasta la publicación en 1985 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que provoca la doctrina del TC sobre la proporcionalidad de la fianza al patrimonio del querellante que encuentra finalmente acomodo en el art.20.3º LOPJ.

Y una tercera fase que denomina *expansiva*, y que se prolonga hasta 2007 con el dictado de la sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre (a la que nos referiremos de inmediato), caracterizada por la potenciación del ejercicio de la acción popular hasta límites considerables e injustificado. En esta etapa la jurisprudencia ha permitido al acusador popular comparecer en un proceso ya iniciado sin necesidad siquiera de prestar fianza, le ha exonerado de la condena en costas e incluso le ha facultado en ocasiones para requerir su pago a la parte contraria.

En parte como una reacción a esta extralimitación, la sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1045/2007, de 17 de diciembre, dictada en el caso de las cesiones de crédito del banco Santander, coloquialmente conocido como caso «Botín», inaugura una última etapa que podría calificarse como *jurisprudencialmente restrictiva*. Etapa ésta marcada además de por la sentencia indicada, por la inmediatamente posterior dictada también por el Pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo en el denominado caso «Atutxa», seguido por desobediencia contra el entonces Presidente del Parlamento Vasco y otras personas, (STS núm. 54/2008, de 8 de abril de 2008).

No es momento de detenernos con detalle sobre ellas, al haber sido objeto de numerosos comentarios a los que remitimos.³⁸ Baste recordar que en ambas sentencias dictadas con apenas cuatro meses de diferencia, nuestro Tribunal Supremo, con considerable disensión interna,³⁹ y mediante una doctrina tildada de complementaria por unos⁴⁰ y de contradictoria por otros,⁴¹ ha restringido sensiblemente las facultades del acusador popular, impidiéndole la posibilidad

38. Vid., entre otros, JIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo», en *Cuadernos Penales José María Lidón, nº 7/2010 (Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales)*, págs. 223 y ss. y, del mismo autor, «Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la sala Segunda del Tribunal Supremo», en *Eguzkilore*, nº 23, diciembre 2009, págs. 325-331; GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, «La acción popular - la acusación particular», *op. cit.*, págs. 247-250; GIMENO SENDRA, V. «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «BOTÍN» y «ATUTXA»», *La Ley*, núm. 6970, de 18 de junio de 2008; ORTEGO PÉREZ, RF., «Restricción jurisprudencial al ejercicio de la acción popular (un apunte crítico a la controvertida doctrina Botín)», *La Ley*, nº 6912, de 27 de marzo de 2008; SAMANES ARA, C., «Los límites de la acción popular», *Revista de Derecho Penal*, nº 29, 2010, págs. 129-139.

39. La sentencia 1045/2007, adoptada por el Pleno de la Sala Segunda contó con siete votos particulares; la sentencia 54/2008, con cinco.

40. V.gr. GIMENO SENDRA, V., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación popular...», *op. cit.*,

41. V.gr. JIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la acusación popular...», *op. cit.*

de obtener la apertura del juicio oral en el ámbito del procedimiento abreviado si el Ministerio Fiscal y el acusador particular no la solicitan al considerarse que están satisfechos tanto el interés público (defendido por el Fiscal) como el privado (defendido por el particular); sólo en los delitos en que no es posible la personación de un acusador particular en la causa por no haber un ofendido/víctima particular definible (v.gr. caso del delito de desobediencia) se atenúa la restricción entendiendo que bastaría con la petición del acusador popular.

Dicha postura merma considerablemente la posición del acusador popular, recortando esa igualdad de armas de los distintos sujetos procesales, y es definida por la doctrina como la «perpetración de un atentado» (Ortego Pérez) como «herida de muerte a la institución de la acción popular» (Gimbernat Ordeig) o como «puro error, al excluir o capitidismuir, para el procedimiento abreviado, a los acusadores que no son perjudicados» (De la Oliva), atendiendo a los distintos votos particulares a que dio lugar la primera sentencia referida.

En concreto y en lo que se refiere a la «Botín», el TS haciendo una interpretación estrictamente literal de lo prevenido en el art. 782.1 LECrim cuando indica que «si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa... lo acordará el Juez», deduce la imposibilidad de apertura del juicio oral en tal supuesto a solicitud de la acusación popular. Entiende así que ante la concurrencia de la voluntad pública y privada solicitando el archivo de la causa, deja de existir todo interés posible en la persecución delictiva, imposibilitando al acusador popular abrir el juicio oral con su acusación. Del mismo modo sucede cuando una vez abierto el juicio oral, tanto el MF como el acusador particular deciden retirar la acusación. El juez debe dictar una sentencia absolutoria, aunque el acusador popular mantenga su acusación, pues por aplicación del art. 782.1 se entiende que si no se le habilita ni tan siquiera para pedir la apertura del juicio oral en contra de la voluntad de las demás partes, todavía menos puede mantenerlo.

No obstante, como medida *correctora*, la doctrina (Atutxa) ha diferenciado aquellos supuestos en los que no interviene en la causa el acusador particular, bien por la naturaleza supraindividual o colectiva del hecho delictivo, bien por su carácter difuso o por simple falta de personación. En tales casos, si el Ministerio Fiscal pide el sobreseimiento pero el acusador popular la apertura del juicio oral, el juez debe proceder a su apertura, siempre que no considere el hecho como no constitutivo de delito o entienda que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado (783.1). En caso contrario, se anularía el carácter autónomo e independiente de la acusación popular y su función de control del Ministerio Fiscal, ya que, ante la imposibilidad de existir acusador particular, el Ministerio Fiscal ostentaría *de facto* un verdadero monopolio de la acción penal.

La crítica fundamental que puede hacerse a esta postura reduccionista, al margen de su limitado fundamento, es lo que el propio límite conlleva: la desnaturalización de la acción popular en el procedimiento abreviado, en tanto que el derecho de acción penal que el acusador popular ejercita pierde su contenido esencial.⁴² No le va a la zaga la inseguridad jurídica que su formulación ha creado dados su difusos y aún confusos límites; recuérdese, sin ir más lejos, las opiniones encontradas y los ríos de tinta que corrieron a propósito de la posibilidad de trasladar la referida doctrina «Botín» al caso Noos en relación con el enjuiciamiento como cooperadora necesaria en un delito fiscal de la hermana del Rey, aunque la hipótesis de base no fuera ni mucho menos coincidente,⁴³ lo que fue zanjado con acierto por la Audiencia de Baleares en el pormenorizado auto de 29 de enero de 2016 (rollo 58/2015).

1.3.3. Algunas reflexiones finales

En las páginas anteriores hemos recordado que la acción popular es una pieza relevante de la justicia penal española que cuenta con una larga tradición y, lo que es especialmente relevante, con reconocimiento constitucional expreso (artículo 125 de la Constitución).

El sistema español —en palabras de Bachmaier— es un exponente magnífico de juego de equilibrios, de *checks and balances* en el ámbito procesal: en la iniciación de la investigación penal intervienen —o pueden intervenir— el juez de instrucción, el ministerio fiscal, el ofendido y cualquier ciudadano que actúe la acción popular. Ello permite un contrapeso de poderes y un control mutuo de las actuaciones de cada uno por parte de los demás, que produce como resultado un eficaz control de la incoación del proceso penal. Quizás pueda criticarse esta estructura desde la óptica de la eficacia, pero en cambio no caben objeciones desde las perspectivas de las garantías y del control mutuo de cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso penal.⁴⁴

Es cierto que el funcionamiento del instituto de la acción popular ha dado lugar en las últimas décadas a notables abusos, con el ejercicio de acciones populares por partidos políticos, por sindicatos, por entidades públicas o por asociaciones (muchas veces creadas *ad hoc* con fines poco defendibles). Al lado o frente a acusaciones populares ejercitadas por un grupo de ciudadanos

42. Así JIMÉNEZ CARDONA, N., «La acción popular en el sistema procesal español», *op. cit.*, pág. 71

43. Así lo puso de manifiesto, desde un principio, GIMBERNAT ORDEIG en un artículo de opinión («La sombra de la doctrina Botín no es tan alargada») publicado en el periódico *El mundo* el 15 de julio de 2014.

44. BACHMAIER WINTER, L., «Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal», en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, 2008, pág. 34.

que han jugado un papel decisivo en muchos de los grandes procesos de las últimas décadas y muy significativamente en aquellos con carga política o social relevante, las ha habido y sigue habiendo que se inspiran en lo más opuesto al buen propósito de que se haga Justicia.⁴⁵

Ciertamente, el riesgo de desnaturalizar la acción popular en sus naturales contornos mediante un uso abusivo existe, especialmente, en aquellos casos donde subyace un interés privado que se sobrepone a la defensa de los intereses generales. Los casos más mediatizados pueden dar buena cuenta de ello, y ejemplos recientes tenemos que han puesto de manifiesto cómo una institución cuyo ejercicio ha de responder a los más nobles intereses, ha sido utilizada para la satisfacción de otros de naturaleza más que discutible, (v.gr tener acceso a las actuaciones para tomar conocimiento de las mismas sorteando el carácter secreto de las actuaciones sumariales) o con la intención de entorpecer un proceso penal donde se dilucidan responsabilidades que trascienden del propio conflicto penal o, directamente, para extorsionar a quien someten al proceso ofreciendo no ejercer la acusación o, en su caso, retirarla a cambio de precio, recompensa o merced.

Sin embargo, y pese a ello, no consideramos que tales distorsiones sean argumento de suficiente entidad como para propugnar su eliminación (que hoy por hoy en cualquier caso no es posible, si no es mediante una reforma de la Constitución) ni tampoco para endurecer de manera significativa su regulación, al punto de hacer su uso poco menos que simbólico.

Es cierto que resulta necesaria no tanto una nueva regulación legal del ejercicio del derecho a la acusación popular, como una clarificación de las condiciones en que ésta puede ser ejercida, dado que los términos de la ley no parecen ser suficientemente claros cuando jurisprudencialmente se han ensanchado o reducido sin que, en nuestra opinión, existiera por lo general motivo para ello.

La reforma pendiente y global de la LECrim. tantas veces aplazada, constituía y sigue constituyendo un momento idóneo para abordar esta tarea. Y los Anteproyectos de 2011 y 2013 entre otras cosas positivas han servido para poner de manifiesto que incluso con un cambio de modelo procesal que confiera la instrucción al Ministerio Fiscal, la acusación popular tiene plena vigencia y debe seguir ocupando su fundamental espacio en nuestro particular sistema de ejercicio de la acción penal. Más allá de las críticas que pudieran hacerse a uno u otro Anteproyecto, en cuanto al carácter en ocasiones excesivamente reduccionista del juego de la acción popular, ambos presentaban el acierto de

45. Así lo indica GÓMEZ DE LIAÑO, J., «Uso y abuso de la acción popular», artículo publicado en *El Mundo* el 29.10.2014 <http://www.elmundo.es/opinion/2014/10/29/5451329022601d21748b459a.html>

conferir el debido encaje a la acción popular y clarificar los límites de la institución dentro del sistema, sin desvirtuar su esencia.

Habrá que esperar la oportunidad que brinda la nueva legislatura para ver si este *desiderátum* se hace realidad. Mientras tanto, nuestra centenaria LECrim. debe ser correctamente interpretada por los operadores jurídicos huyendo de interpretaciones expansivas o reduccionistas carentes de apoyatura legal y que pueden llegar a desnaturalizar la institución, y haciendo uso de los mecanismos de control que en ella se prevén (exigencia de querella, fianza, etc.) para asegurar un correcto funcionamiento y evitar abusos.

2 | La acción popular bajo sospecha

*Jesús-Miguel Hernández Galilea
Universidad de Oviedo*

Lo primero de todo quiero agradecer a la Fundación Serra Domínguez y, en concreto a su director, el Prof. Pérez Daudí, y al Prof. Ramos Méndez, inspirador de estas Jornadas, la propia idea de celebrarlas y la decisión de hacerlo en los lugares en los que el Prof. Serra impartió docencia y dejó huella. Y también, por supuesto, por la invitación a participar en esta mesa redonda con tan queridos compañeros.

Mi contacto directo con el Prof. Serra es meramente anecdótico: apenas dos ocasiones. Pero debo decir, con sinceridad, que fueron suficientes para percibir su enorme categoría y capacidad de trabajo. De modo indirecto lo he tratado a través del Prof. Gómez de Liaño, mi maestro y uno de sus discípulos, luego catedrático en esta misma universidad, quien me hizo valorar la valiosísima doctrina del Prof. Serra Domínguez y su envidiable estilo de escritura conciso, claro, efectivo.

Entrando ya en el tema que nos ocupa me parece que es de justicia comenzar alabando la amplitud con la que nuestra tradición procesal contemporánea ha admitido el ejercicio de la acción penal. En efecto la titularidad estatal del *ius puniendi* hace posible, y así sucede en sistemas de justicia de los más diversos países, que el ejercicio de la acción este reservado con carácter general al Estado a través de las autoridades encargadas de la persecución de los delitos.

La apertura y flexibilidad con que nuestras leyes contemplan la intervención de la víctima en el proceso como parte activa constituye, desde luego, una singularidad reseñable. Pero lo es más aún que esta posibilidad de intervención se extienda a cualquier ciudadano que no haya sido ofendido ni perju-

dicado por el delito con excepción de los delitos de perseguibilidad condicionada.¹

Y me parece interesante empezar por aquí porque, en estos tiempos críticos de nuestro enjuiciamiento criminal, en los que, como ha sucedido en otros países cercanos, la necesaria renovación de leyes decimonónicas parece avocarnos a valorar únicamente lo que viene de fuera, bueno es que analicemos qué cosas valiosas tenemos, aunque sean originales y sólo las tengamos nosotros. No vaya a ser que en las reformas se lleven por delante instituciones que están empezando a incorporar en otros sitios.

Me gustaría preguntarme qué ha pasado con la acción popular, cómo esta institución, tan singular, de origen decimonónico pero incorporada intencionalmente junto con el jurado a la Constitución de 1978, ha llegado a ser vista con desconfianza, como ocurre en la actualidad.

En efecto la mención constitucional recogía una tradición decimonónica, liberal, moderna. Su andadura inicial desde su incorporación a la Constitución de 1978 se desarrolló sin mayores problemas aunque a ello ayudara, justo es reconocerlo, el que las posibilidades de ejercicio eran muy restringidas pues la escuetísima regulación legal parecía circunscribirla al ejercicio individual y, además, obligaba a la imposición de una fianza. Pasó quizá un poco como con el jurado —aunque en ese caso ni siquiera había desarrollo legal—: se aceptaba su presencia pero no se fomentaba su uso, ni había especial urgencia por desarrollar o perfeccionar su regulación legal sino, más bien al contrario, la esperanza de que pasaran desapercibidas.

Los problemas comenzaron en 1992 cuando el TC en su sentencia 241/1992 amplió la posibilidad del ejercicio de la acción popular a las personas jurídicas, inicialmente privadas luego también las de naturaleza pública, en los años 2006², 2008³, 2011⁴, como ha recordado en su intervención la Prof. Aranguena⁵. Esto supuso un cambio muy considerable porque, entre otras cosas, a través de la acción popular empezaron a estar presentes en el proceso penal otras finalidades, no todas inadecuadas, pero sí al menos ajenas a la administración

1. Vid. el interesante resumen de la evolución que hace JIMÉNEZ CARDONA, NOEMÍ «La acción popular en el sistema procesal español» *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto 2014 vol. 5, nº 2, págs. 47-89. doi 10.7770/rchdydp-v5n2-art738

2. TC (Sala Primera), sentencia núm. 311/2006 de 23 octubre. RTC 2006\311

3. TC (2ª), sentencia núm. 8/2008 de 21 enero. RTC 2008\8

4. TC (2ª), sentencia núm. 67/2011 de 16 mayo

5. Vid. GIMENO SENDRA, VICENTE «Justicia y política». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, núm. 56, pp. 28-31.

de justicia: la manifestación de la repulsa ante hechos especialmente graves, las discrepancias o venganzas políticas trasladadas al ámbito judicial, etc.

Este nuevo escenario, a medida que su utilización se hizo normal, empezó a generar disfunciones. Por un lado, la presencia de múltiples acusaciones supuso una complicación en la tramitación de los procesos, agravada por la escuetísima regulación de la acción popular que obligó a la creación jurisprudencial de normas procesales sobre el momento, modo de personación, cuantificación de la fianza y necesidad de su exigencia, etc.⁶ Además, comenzaron a existir abusos, como la personación en calidad de acusación popular de entidades que actuaban en realidad como defensas, con la intención de obstaculizar, de retrasar. Y, más recientemente, se ha puesto de relieve la posibilidad real de que se utilizara la acción popular como medio de extorsión⁷. Todo ello ha desembocado en un desprestigio de la institución que ha llevado a proponer su restricción, su conversión en mecanismo exclusivamente excepcional e, incluso, su desaparición⁸.

Un aspecto previo, esencial a mi modo de ver, para valorar la utilidad o no de esta institución y poder, en su caso, perfeccionar su funcionamiento es clarificar su fundamento y la finalidad que se persigue con ella: «por qué existe», «para qué» que son previos al «quién» y «cómo» deberían poder ejercitarla.

La Constitución Española menciona a la acción popular en el mismo artículo que el jurado y los tribunales consuetudinarios, dentro del título dedicado al Poder Judicial. Dice el art. 125 que [*los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*]. El texto constitucional distingue entre el ejercicio de la acción popular y la intervención en la administración de justicia a través del jurado y los tribunales consuetudinarios. La distinción no parece tener otra intención que la de precisar pues, en efecto, no son equiparables el ejercicio de una acción penal como acusador popular con la participación en la emisión de un veredicto como jurado o de una sentencia como juez de un tribunal consuetudinario.

6. Ib. p. 30.

7. Ib. p. 31.

8. Cfr. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, ADÁN «Luces y sombras en torno al ejercicio de la acción penal derivado de los artículos 109 y 109 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» *Diario La Ley*, 2016, núm. 8796, n. 14 y los autores allí citados. El último intento podría derivarse de una determinada interpretación del nuevo art. 109 bis de la LECrim que, coincido en él en que sería equivocada pues lo lógico es entenderlo aplicable únicamente al ejercicio de la acción por las víctimas y las asociaciones en nombre de ellas.

En ambos casos la Carta Magna da por supuesto el fundamento, como si el constituyente pensara que es innecesario mencionarlo si bien proporciona una pista interesante que es la flexibilidad y amplitud que se deja al legislador ordinario para su desarrollo que puede entenderse como un reconocimiento de que no se trata de piezas clave del sistema de justicia, pues de otro modo se hubieran establecido algunos parámetros. Lo cierto es que ninguna de las dos instituciones tiene un fundamento claro en nuestro sistema: el jurado, que en el desarrollo legal, se ha convertido en una obligación⁹, no formaba parte de nuestra tradición y la aparición de la acción popular tiene un contexto muy distinto del actual.

Con respecto al jurado podría decirse que su incorporación a la Constitución es fruto de un deseo del legislador constituyente de que existan algunos procesos en los que los ciudadanos intervengan en la administración de justicia dejando indeterminados tanto la naturaleza como la forma de esa intervención y con independencia de que en algunos casos ello pueda conllevar una mayor complejidad o encarecimiento. Se trata de algo que no requiere una ulterior justificación porque, sea cual sea la modalidad elegida y los supuestos en los que exista, su función, más o menos limitada, coincide con la del órgano jurisdiccional. En todo caso se trataba de una institución inexistente y que requería de regulación legal para ponerse en funcionamiento.

No sucedía lo mismo con la acción popular, que estaba ya recogida en la LE-Crim y que, una vez incluida en la Constitución, quedaba por así decirlo fortalecida, aunque necesitada de una clarificación. La referencia constitucional y su posición en la Carta Magna parecían indicar claramente, y así lo interpretó el TC,¹⁰ que esta facultad no estaba incluida en el derecho a la tutela judicial efectiva, como sí ocurría en cambio en el supuesto de ejercicio de la acción penal por las víctimas del delito.¹¹ En efecto en el texto constitucional está fuera de los derechos fundamentales y además ninguno de los convenios internacionales que desarrollan los derechos humanos incorpora esta posibilidad dentro del derecho a un proceso con todas las garantías.

El problema es que con esta descripción negativa lo único que podemos decir es que el legislador ordinario puede limitar esta facultad, como por otra parte se deduce del propio art. 125, pero seguimos sin saber cuáles son su fundamento y sentido y por tanto sin un criterio para desarrollarla y es evidente que

9. Sin que eso se pueda considerar una traición al texto constitucional pues es no es imaginable que un jurado voluntario pueda funcionar.

10. Cfr. TC (2^a), sentencia núm. 81/1999 de 10 mayo.

11. Es en el ámbito penal en el único que se denomina así aunque las acciones que se pueden ejercitar en determinados supuestos en el ámbito civil tienen una naturaleza análoga. Cfr. arts. 11 bis y 15 de la LEC.

el legislador necesita un criterio. ¿Puede quedarse reducido a una cosa simbólica? ¿O por el contrario es algo esencial a una democracia y cumple una función importante? ¿O es por el contrario un resquicio de la justicia penal privada?; ¿estuvo originado por la desconfianza hacia el estado que ya no tiene razón de ser?; ¿sigue teniendo razón de ser?

El fundamento no puede derivarse de una exigencia de la justicia en un sistema democrática porque de ser así no se podría limitar y, además, existen sistemas de justicia penal tan homologables como el nuestro que desconocen la acción popular. Tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva es aceptable como hemos visto. La libertad de expresión no tiene relación alguna con el ejercicio del *ius puniendi* y lo mismo sucedería con el derecho a la repulsa o a la defensa de determinados bienes, si existiera como derecho cosa que en realidad no sucede. Finalmente, tampoco puede encontrarse su fundamento en la desconfianza sobre la actuación del Ministerio Fiscal, aunque así lo hiciera en el prólogo de la LECrim el entonces Alonso Martínez.¹²

En mi opinión, el fundamento de la acción popular, como facultad establecida en la Constitución, es el derecho a colaborar con la justicia de los ciudadanos en el ámbito penal. La peculiaridad española es que es una colaboración que no sólo se da a través de la denuncia, que es lo habitual en cualquier sistema penal, sino que incluye la posibilidad de convertirse en parte acusadora desde el inicio del proceso hasta el final, con la posibilidad de sostener una acusación incluso en contra del criterio del Ministerio Fiscal.

La ausencia instituciones similares en otros ordenamientos la hace parecer una rareza. Pero en un momento en el que parece existir un empeño generalizado en Europa y en tantos países —al menos esa es la intención que se manifiesta—¹³ por promover las acciones colectivas en tantos ámbitos del derecho privado, quizá lo extraño es que no exista algo similar en el ámbito penal¹⁴. En todo caso se trata de una rareza que tiene sentido. Habría que regularla mejor o, quizá con más propiedad, habría que regularla de alguna manera, pues lo que existe es apenas un esbozo de regulación. Pero entendida como colaboración con la justicia (no como mero derecho a participar o estar presente), se entendería que el legislador condicionara la personación o la iniciación del proceso por el acusador popular a su contribución efectiva a la buena marcha

12. cfr. el STS 1045/2007 (Caso Botín) reacciona con indignación ante el intento de convertir la desconfianza en el Ministerio Fiscal en el fundamento.

13. Cfr. *Handbook on European law relating to access to justice*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxemburg, 2016, p. 49.

14. Cfr. HENDRY, JENNIFER; KING, COLIN. «Expediency, legitimacy, and the rule of law: a systems perspective on civil/criminal procedural hybrids». *Criminal Law and Philosophy*, 2016, p. 12-15.

de la investigación o del proceso. En esa línea puede entenderse que apunta el nuevo y ambiguo art. 109 bis de la LECrim.

Dentro de las propuestas de modificación algunas voces sugieren, por ejemplo, la eliminación de los partidos políticos y las personas jurídico-públicas como acusadores populares. Puede tener sentido pues en muchas ocasiones acaba convirtiéndose en una forma de judicialización de la política que perturba más que favorece la administración de justicia. Pero quizá lo más importante sea conseguir una regulación en la que se pueda controlar el posible conflicto de intereses. Una especie trámite de admisión en el que el acusador popular deba de aportar documentación sobre sus fuentes de financiación, su relaciones con el sujeto pasivo, etc. En este sentido cabría inspirarse en la «certificación de la acción colectiva por el tribunal» (*Rules of certification*) establecido en la regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, introducido como trámite previo al ejercicio de acciones colectivas para permitir el control por parte del tribunal de aspectos esenciales como la representatividad de los que están actuando en nombre del grupo; la adecuación representación y la no existencia de conflicto de intereses. Además, si el proceso está ya iniciado, el acusador popular deberá justificar qué va a aportar a la investigación o al desarrollo del juicio. Por ejemplo puede ser una aportación lícita bloquear un posible acuerdo con el Fiscal. Pero si ya hay uno con esa finalidad, sobran los demás.

Aunque, en mi opinión, no sería razonable excluir a las personas jurídicas en general, salvo que se quiera convertir en algo simbólico e ignorar las tendencias incipientes en los más diversos ámbitos internacionales. Porque en efecto, esto que nosotros autodenominamos rareza, ha evitado la impunidad de muchos delitos que los estados no estaban dispuestos a perseguir, en España y fuera de España.¹⁵ Es verdad que ha causado problemas diplomáticos y que ha habido un reajuste en cuanto a la competencia de los tribunales españoles,¹⁶ pero el propio TEDH, que en 1997 en el asunto *Pedro Torres Crespo c. España*, como venía haciéndolo, que el derecho a un proceso debido en el ámbito penal es sólo para el acusado, ha empezado a reconsiderar esta postura. Así en la sentencia *Centro de Recursos Legales c. Rumanía* de 2014, considera que la ONG debe tener la posibilidad de representar al fallecido por causas desconocidas en un hospital psiquiátrico después de haber intentado sin éxito que el Ministerio Fiscal abriera un proceso penal. En esta sentencia el TEDH se hace eco de la admisión de la Comisión de la Corte Interamericana de derechos Hu-

15. DANCY, GEOFF; MICHEL, VERÓNICA. «Human rights enforcement from below: Private actors and prosecutorial momentum in Latin America and Europe». *International Studies Quarterly*, 2016, p. isqu12209 y MICHEL, VERÓNICA; SIKKINK, KATHRYN. «Human rights prosecutions and the participation rights of victims in Latin America». *Law & Society Review*, 2013, vol. 47, no 4, p. 873-907.

16. Cfr. Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

manos de demandas interpuestas por ONG. No sé si es excesivo de hablar de una tendencia pero hay otros precedentes más modestos como la reciente introducción en las normas procesales de Inglaterra y Gales de la posibilidad de intervención como acusador de la víctima en determinados delitos.

Nuestro sistema es el sistema europeo más respetuoso con las víctimas en el proceso penal, pues tradicionalmente han podido intervenir en él y es el más abierto a la colaboración ciudadana. Quizá antes de fomentar nuestra acostumbrada auto-crítica debemos mirar atentamente hacia el exterior no vaya a ser que después de haber sido pioneros, acabemos desmontando lo que los demás están tratando de incorporar a sus ordenamientos.

Una última reflexión y con esto acabo. Cabe preguntarse ¿por qué siendo este un tema de debate candente en el ámbito internacional, España, que es el país que de modo paradigmático lo tiene en uso, no es una referencia? Puede ser por muchas cosas —que se trate de una regulación decimonónica, difícil de entender por las sucesivas correcciones jurisprudenciales, parcheada, etc.— pero no me resisto a plantear la posibilidad de que seamos nosotros mismos con la gran cantidad de *porquería* que echamos contra nuestro sistema de justicia criminal, los que lo hayamos convertido en el imaginario jurídico internacional en algo arcaico y temible, donde nadie piensa que pueda encontrar algo útil e interesante.

Bibliografía

- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, ADÁN «Luces y sombras en torno al ejercicio de la acción penal derivado de los artículos 109 y 109 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» *Diario La Ley*, 2016, núm. 8796.
- DANCY, GEOFF; MICHEL, VERÓNICA. «Human rights enforcement from below: Private actors and prosecutorial momentum in Latin America and Europe». *International Studies Quarterly*, 2016, p. isqu12209.
- GIMENO SENDRA, VICENTE. «Justicia y política». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015 núm. 56, pp. 28-31.
- HENDRY, JENNIFER; KING, COLIN. «Expediency, legitimacy, and the rule of law: a systems perspective on civil/criminal procedural hybrids». *Criminal Law and Philosophy*, 2016, p. 1-25.
- JIMÉNEZ CARDONA, NOEMÍ «La acción popular en el sistema procesal español» *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto 2014 vol. 5, nº 2, págs. 47-89. doi 10.7770/rchdycp-v5n2-art738
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS «La acción popular» *Diario La Ley*, 2016, núm. 8772.
- MARTÍN SAGRADO, ÓSCAR «El uso patológico de la acción popular. Su inaplazable reforma» *Diario La Ley*, Nº 8743.
- MICHEL, VERÓNICA; SIKKINK, KATHRYN. «Human rights prosecutions and the participation rights of victims in Latin America». *Law & Society Review*, 2013, vol. 47, no 4, p. 873-907.

3 | Reflexiones sobre la acción popular

Javier Domínguez Begega¹
Presidente Sec. 3ª AP Asturias
Profesor asociado de Derecho Penal (Universidad de Oviedo)

El conferenciante comienza exponiendo que la acción popular «no es una extravagancia del Ordenamiento Jurídico español, sino un lujo». No obstante, llama la atención sobre la necesidad de reformar su regulación en dos sentidos, de un lado, fomentando su uso para ciertos delitos, y de otro, incluyendo las limitaciones que la Jurisprudencia ha venido estableciendo a su ejercicio en la Ley. En tal sentido, considera que no sería necesario incorporar más restricciones, ya que les corresponde a los Jueces y Tribunales llevar las riendas del ejercicio de la institución.

A lo largo de su intervención señala algunos de los problemas que presenta en la práctica la acción popular y, plantea propuestas *lege ferenda*. Entiende que en aquellos procesos penales en los que confluyen intereses supraindividuales y particulares, es preciso intentar compatibilizar el papel de la acusación particular, de la popular y, del Ministerio Fiscal. De otro lado, cuando en un mismo procedimiento intervengan varias acusaciones populares, deberían comparecer bajo una misma representación (art. 113 LECrim.), dando una explicación razonable al juez de porqué quieren colaborar con la Administración de Justicia. Asimismo, el art. 110 LECrim. no sería aplicable solo a la acusación particular, pues aunque este precepto alude a los «perjudicados», cuando la colectividad es la perjudicada no cabría excluir la acción popular. También apunta que todavía no se ha planteado si la acusación popular puede modificar o no el título de la imputación, ya que el art. 788.4 LECrim. se refiere al término «acusaciones».

1. Resumen de su intervención realizado por Laura Álvarez Suárez, investigadora del área de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, extraído de la grabación de las Jornadas.

En último lugar, advierte de la ampliación de legitimación que ha hecho el TC de la acción popular, aunque en un primer momento negó que las personas jurídicas de naturaleza pública pudieran intervenir como acusación popular, terminó admitiendo dicha personación si existía una Ley habilitante. En tal sentido, muchas leyes autonómicas autorizan a instituciones públicas para que intervengan en casos de violencia de género. El conferenciante apunta que sería preciso establecer uniformidad, pues la normativa autonómica es un auténtico «galimatías», además, anima a que se plantee la cuestión de constitucionalidad de estas leyes. De otro lado, expone un supuesto concreto, en el que la AP confirmó un auto del Juzgado de Violencia de Género de Gijón en el que se denegó la intervención del Abogado del Estado en un caso de violencia de género, ya que en el Principado de Asturias no existe una ley habilitante, el TC consideró que sí podría personarse haciendo una interpretación enriquecedora del artículo 29 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Por lo tanto, la personación de los entes públicos como acusación popular sería posible mediante una ley específica y una ley general.

Para concluir con su intervención, considera que las leyes autonómicas serían un buen instrumento jurídico para fomentar la intervención de la acción popular en los delitos contra el medio ambiente. Asimismo, manifiesta que, aunque la existencia de esta figura es útil, sería necesaria una nueva regulación para evitar los problemas que presenta.

VII

MESA REDONDA. ADR Y JUSTICIA RESTAURATIVA

La tercera Mesa Redonda se desarrolló bajo el título *A.D.R. y Justicia Restaurativa*, fue moderada por D. Ignacio Cuesta Areces, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, y en ella participaron la Profa. Dra. D^a Raquel Castillejo Manzanares Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela, el Prof. Dr. D. Arturo Álvarez Alarcón, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz y el Ilmo. Sr. D. Miguel Álvarez de Linera Prado, Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo.



1 | ADR y Justicia Restaurativa: la mediación

Raquel Castillejo Manzanares¹

1.1. Justicia restaurativa

Hasta ahora en España únicamente a través del proceso judicial se han podido resolver los conflictos, pero en la actualidad, se ha revelado insuficiente para todos los que se le presentan. Además, con el paso del tiempo crece la convicción de fracaso del sistema penal ortodoxo, en cuanto a que las penas reduzcan la criminalidad. Es por ello, que se ha abierto paso a otras ideas que han dado lugar a una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre cuál sea la función del sistema penal, y los modos de afrontar las situaciones creadas por los delitos. Por ello, se hace necesario acudir a otros mecanismos alternativos al proceso que sirvan para la solución de los conflictos jurídicos.



En efecto, aunque el Poder Judicial tenga el monopolio del enjuiciamiento y fallo de los conflictos, resulta obvio que no es el único modo de resolverlos, hay otros que sirven también para actuar la tutela jurídica, pues junto a los

1. La profesora Raquel Castillejo Manzanares es Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

modelos en los que existe una posición protagonista de los órganos del Estado en la resolución de los conflictos, tiene perfecta cabida en el Estado de Derecho, un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado. Esto no deslegitima en absoluto la función del Estado, y en concreto del Poder Judicial, para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano.

En este marco, se abren paso corrientes como la incorporación de la víctima a la teoría del delito y a la política criminal, dando nacimiento a la victimodogmática y a la victimología. Con estas corrientes se viene exigiendo la introducción de la mediación en el proceso penal. Así en la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se imponen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Si avanzamos en el modelo de justicia clásico, observaremos como se trata, primero, desde la práctica, después desde la legislación, de que no tenga lugar el juicio penal sobre el fondo de la acusación; ejemplo de ello es el proceso de aceptación por decreto. Esto explica que se hayan desarrollado tres clases de justicia. Por un lado, la justicia alternativa, la cual provoca la excepción más clara al principio de legalidad penal al comienzo del proceso penal. El modelo clásico es el alemán con iniciativa del Ministerio Fiscal y con un principio de oportunidad reglado ante delitos de bagatela o de importancia insignificante y ausencia de interés en la persecución.

Por otro lado cabe destacar la justicia negociada, la que representa el desarrollo más espectacular en la evitación del juicio una vez iniciado el proceso penal. Un reflejo de ella es la conformidad española

Por último la justicia restaurativa, considerada como una tercera vía, en cuanto se halla entre el modelo de justicia retributiva y el de justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. Recordemos a este respecto, que la justicia retributiva pone el acento sobre el crimen y su castigo. Por su parte, la justicia rehabilitadora se concentra en la recuperación y la reintegración del delincuente.

Frente a ellas, la justicia restaurativa se interesa por el crimen, pero lo define como un problema de orden interrelacional. A esta última nos referiremos a continuación, en cuanto el procedimiento de mediación cabe considerarlo su máximo exponente.

1.2. Las ADR. La mediación

La mediación, como tal, se integra en el contexto de los mecanismos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial, a los que se ha venido denominando ADR, aunque no por ello son opuestos a aquél o no pueden insertarse dentro, esto es, realizarse de manera intrajudicial.

La denominación ADR engloba a las distintas vías o técnicas que vienen siendo habitualmente utilizadas en la sociedad americana para resolver cuantas cuestiones no pretenden ser abordadas por los tribunales. Sin embargo, en estos últimos tiempos, ha cambiado el término alternativas por adecuadas o complementarias, en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado.

Y como tal, no sirven tan solo como métodos alternativos frente a los procesos judiciales, sino complementarios o adecuados respecto de los procedimientos jurisdiccionales, pues en ocasiones los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al conflicto concreto que se las somete.

De tal modo que existen algunos conflictos sociales que dada su complejidad no resultan aptos para ser resueltos adecuada y eficazmente a través de los instrumentos clásicos de resolución de conflictos, como es el proceso. Para ellos se requiere una específica metodología basada en el trabajo conjunto de diversas disciplinas, pues el tratamiento legal incide básicamente en parte del problema, pero no en su totalidad. El tratamiento del problema en el proceso judicial se centra en el hecho enjuiciado obviando las circunstancias de los sujetos encausados, dejando, por tanto, de lado, sobre todo en el campo penal, cuestiones tales como la solución del conflicto entre las partes implicadas, para que, por un lado, la víctima logre asumir lo que ha ocurrido, entenderlo, perder, si no total, sí al menos parte del miedo y otras emociones que se le han podido generar; por otro, el victimario se haga consciente del daño causado con su conducta, llegando a asumir la responsabilidad de la misma.

En definitiva, con relación a la víctima cabe identificar tres objetivos que van destinados a la integral reparación por el daño sufrido. Se trata de la reparación o resarcimiento del daño, de la recuperación del sentimiento de seguridad y, finalmente, de la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo.

Por otro lado, con relación al victimario se persigue su responsabilización por la conducta infractora, la reparación a través de la aplicación de la pena corres-

pondiente, así como de medidas alternativas que sirvan para dar solución a su conducta infractora. Y por último, una aptitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal.

Pero no solo la víctima y el victimario obtienen beneficios, sino la sociedad en general que recobra la confianza en la justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto.

A la persecución de ese fin, el tratamiento integral del conflicto, surge la mediación, como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios.

Todo ello no obsta a que también se hallen inconvenientes a la implementación de la mediación en el proceso penal, así, por un lado, se incide en que el acudir a mediación, negociar y llegar a acuerdos se hace de forma forzada, lo que le provoca en el presunto autor excluir la exclusión de autonomía de decisión con respecto al reconocimiento de los hechos. Si bien es cierto que la presión que se dice siente el autor de los hechos no venga producida por el proceso penal, sino por la comisión del hecho, manteniéndose el proceso penal en un segundo plano, en interés de la víctima y de la comunidad hasta el restablecimiento de la paz jurídica.

También se defiende que la mediación provoca una justicia de clase, en cuanto en tanto normalmente los acuerdos que se toman en su seno pasan por la restitución económica de la víctima, y qué duda cabe de que el resarcimiento y el perdón de ésta se pueden otorgar con mayor facilidad si se satisfacen económicamente los daños causados con el ilícito. Siendo ello así, resulta posible arbitrar mecanismos que impidan que la mediación se convierta en una justicia de clase, por ejemplo previendo como se hace en Austria fondos de compensación por el Estado que sirvan para el pago de las indemnizaciones correspondientes cuando el autor de los hechos no pueda sufragarlas.

Por último, se argumenta la falta de seguridad jurídica, pues ofrece un tratamiento desigual para los mismos hechos delictivos. No obstante, con el proceso judicial tampoco se le da tratamiento idéntico a los mismos hechos delictivos, pues en todos concurren circunstancias que hacen necesaria la aplicación de atenuantes y eximentes, y en este marco se entiende actualmente el sometimiento al proceso de mediación como atenuante.

1.3. La mediación en España

Hasta ahora la mediación en España ha contado con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, que ha contemplado la mediación penal con una finalidad educativa y resocializadora, que junto con el Reglamento que desarrolla la Ley, destacan el criterio pedagógico de la responsabilidad del menor infractor, regulando los principios de la justicia reparatoria, y el principio de oportunidad reglada, para determinadas infracciones, como un mecanismo muy favorable para alcanzar la resocialización del menor, a través del que se otorgan al Ministerio Fiscal varias opciones para desjudicializar la conducta típica del menor infractor.

En el ámbito de los adultos, los juzgados españoles han venido llevando a cabo una experiencia piloto impulsada por el CGPJ desde el año 2005, pero no hay norma que lo abale. De hecho se está haciendo oídos sordos a la Directiva 2012/29 UE que obliga a los Estados miembros a incorporar la mediación penal en sus legislaciones internas, lo que ahora se ha materializado en España, si bien de forma dispersa e insuficiente, en la última reforma del Código Penal operada por la LO 1/15, así como en la ley 4/15, del Estatuto de la Víctima del delito.

1.3.1. La reforma del CP

En lo que respecta a la ley de reforma del Código Penal, se introduce por mor de la Disposición Final 2ª, apartado 10, el principio de oportunidad de forma reglada, en cuanto el artículo 963 LECR permite en determinadas circunstancias (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 no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, entendiéndose por éste supuestos en los que no se hubiere procedido a la reparación del daño y no existiera denuncia del perjudicado) que el Ministerio Fiscal desista de la acción penal, interesando el sobreseimiento y archivo de la causa, apelando a la posibilidad que ahora le otorga la ley, en ejercicio del principio de intervención mínima, lo que sin duda favorecerá el sobreseimiento de procesos en los que el justiciable alcance un acuerdo de mediación.

Asimismo, la reforma afecta a los beneficios penitenciarios de la suspensión y de la sustitución de las penas con la finalidad de reforzar la confianza en el principio resocializador, por un lado, flexibilizando los requisitos que se exigían hasta ahora para su concesión y revocación; y, por otro, introduciendo mecanismos que simplifican su tramitación, unificando los dos sistemas de sustitución y suspensión en un único sistema de suspensión de la pena privativa de libertad. De este modo, la pena suspendida podrá quedar condicionada, entre

otras razones, al cumplimiento del acuerdo que las partes hayan alcanzado en virtud del procedimiento de mediación, siempre que el delito o los antecedentes carezcan de relevancia a efectos de la peligrosidad del delincuente, valorándose por tanto las circunstancias del delito, personales, familiares y sociales, la conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, y los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas.

En este sentido se redacta el nuevo artículo 80 CP, apartado 3, segundo párrafo:

En estos casos, al suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida primera del artículo 84...

Reconociéndose asimismo validez y eficacia al acuerdo alcanzado en mediación, para el caso de revocación de la suspensión de la pena y consiguiente orden de ejecución, al recoger en el apartado 3 del artículo 86:

en el caso de revocación de la suspensión los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos.

Y por último, no podemos obviar que respecto a la concesión de los beneficios de la libertad condicional, se hace alusión, entre otros requisitos a «la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas».

Todos estos avances, aunque escasos, no dejan de ser laudatorios.

1.3.2. Ley del Estatuto de la víctima

Ley 4/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, pretende aglutinar en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de las víctimas, dentro del proceso y también los extraprocesales, transponiendo las Directivas de 2011 y 2012 que estaban pendientes de incorporación a nuestro ordenamiento nacional.

Posteriormente, ve la luz el Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima y se regulan las oficinas de atención a las víctimas del delito, aprobado el día 11 de diciembre de 2015 y en vigor desde el 1 de enero de 2016. Además, se insta a la aprobación de protocolos y a la adopción de procedimientos coordinados entre las autoridades implicadas, tareas en las que se propone que puedan participar también las asociaciones o colectivos de víctimas.

Pues bien, en la ley se introduce en el artículo 15 que las víctimas puedan acceder a los servicios de Justicia Restaurativa. En principio, semejante precepto nos llena de satisfacción, aunque si acudimos al preámbulo no podemos por más que no estar de acuerdo con las razones que sirven a esta introducción. En efecto, se afirma que el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la implementación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima orillando, en consecuencia, los beneficios que pueda deparar para la persona infractora, pero en perfecta sintonía con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Expresamente se dice

Se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa... Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

En consonancia con ello, entre los derechos de las víctimas, se incluye en el artículo 3, el derecho a los servicios de justicia restaurativa, lo que se reitera en el artículo 5, relativo al derecho de las víctimas a recibir información desde el primer contacto con las autoridades competentes, entre los que se incluye en el apartado k) servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos que sea legalmente posible.

Desde luego, lo así manifestado poco tiene que ver con la concepción de justicia restaurativa, sin embargo bien entendida en el Código Penal, lo que no deja de sorprender dada la cercanía temporal de ambas leyes.

Pero no sólo lo previsto en el preámbulo de la ley causa rechazo, son más las cuestiones:

En primer lugar, se posibilita el acceso a mecanismos reparatorios y, sin embargo, no se adoptan las medidas necesarias para incorporar al proceso penal la validez de estos acuerdos.

Desde luego el Estatuto de la Víctima obliga a la urgente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para integrar en ella la mediación. Semejante integración se ha exigido en varios documentos europeos, particularmente en la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa rela-

tiva a la mediación en materia penal. Mientras esto no se produzca tendremos que seguir utilizando los mecanismos establecidos en las experiencias piloto. De forma tal que si se trata de delitos perseguibles a instancia del ofendido, perjudicado o agraviado, en los que cabe el perdón del ofendido, éste puede ser la consecuencia del acuerdo restaurativo. De tal forma que en estos supuestos el proceso no se incoaría o incoado, es archivado.

La eficacia del perdón siempre ha sido una cuestión problemática, pues según se sostiene mayoritariamente la admisibilidad del perdón ha de adaptarse al carácter eminentemente público del Derecho Penal.

En la persecución de cualquier otro delito, distinguiríamos según la fase del proceso en que nos halláramos. En cualquier caso, el sometimiento de la causa al proceso de mediación no debe suponer en sí mismo la suspensión del proceso penal, y ello sobre todo en la fase de instrucción en la que continuarán practicándose las diligencias de investigación ya acordadas y aquellas que se consideren necesarias para el esclarecimiento del delito. No podría ser de otra forma, pues la paralización de las actuaciones podría suponer la pérdida de fuentes de prueba fundamentales para la satisfactoria terminación del proceso.

En cualquier caso, en la fase de investigación se corre el riesgo de, por no contarse con más elementos que la denuncia, las declaraciones y los informes periciales, que concluida la mediación, con o sin acuerdo, el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, lo que hará que todo el proceso haya sido infructuoso, si no hay acusación particular personada, o personada ésta, también lo solicitare.

Así bien en la fase de investigación, si el Juez de Instrucción, con acuerdo del Ministerio Fiscal, pues los acuerdos alcanzados en mediación podrán valorarse a efectos de una atenuación de la responsabilidad criminal, decide someter el proceso a mediación, así lo comunicará al imputado en su primera declaración en calidad de tal. Si éste aceptare, tras haber consultado a su abogado, el Juez dictará providencia acordando el inicio de la misma.

A continuación dará traslado de la providencia a las partes personadas y al imputado, remitiendo al equipo mediador dicha providencia así como lo que constare hasta el momento en autos. En cualquier caso, la víctima podrá negarse a someterse al proceso de mediación.

Si ambas partes se sometieren y prestaren su consentimiento informado, se llevará a cabo, en todo caso con anterioridad al comienzo de la fase intermedia, a fin de que el acuerdo pueda ser tomado en consideración en el escrito de calificación provisional. En efecto, en la fase de instrucción, el Juez adopta

la resolución de remisión tras la incoación de diligencias previas, arts. 774 y ss. LECr, debiendo desarrollarse la mediación antes de dictarse el auto de procedimiento abreviado o de transformación en juicio de faltas —art. 779 LECr—. De modo tal que cabrá que el Ministerio Fiscal, el letrado de la defensa y de la acusación particular, actuando conforme prevé el art. 784.3 LECr, redacten un escrito conjunto de calificación, en el que recojan los términos del acuerdo y las variaciones en la calificación. O bien, la defensa muestre su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal. A este respecto alguna jurisprudencia incluso admite que el proceso termine tras la denuncia de la víctima, sin que ésta presente querrela por haber llegado con anterioridad a acuerdos entre ella y el victimario. Así la SAP de Lleida de 14 de mayo de 2008, según la cual:

El apelante, condenado en la instancia como autor de una falta del art. 618.2 del CP, recurre la sentencia interesando su absolución alegando que existía un acuerdo alcanzado en el proceso de mediación penal seguido en el marco del presente procedimiento y que determinó que la propia denunciante no llegara a formalizar acusación contra el ahora recurrente, lo que en su opinión constituye una circunstancia que hubiera debido ser valorada por el Juzgador *a quo* en el momento de dictar la resolución que ahora se impugna. En segundo lugar discrepa de la valoración probatoria efectuada por el Juez de instancia y, por último, impugna las consecuencias penales derivadas de la falta por la que ha sido condenado peticionando la imposición, en su caso, de la pena mínima prevista legalmente. Frente a ello se opone el Ministerio Fiscal que impugna el recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Del relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, complementado con el que se recoge en la presente resolución, se desprende que los únicos hechos enjuiciados se remontan nada menos que al año 2004, concretamente al 2 de noviembre, cuando el denunciado, ahora recurrente, se presentó en el colegio en el que estudiaba su hija Llum y la recogió para llevársela en coche, incumpliendo así lo que venía acordado en la resolución judicial dictada en el procedimiento de medidas provisionales que se seguían, bajo el número 380/04, ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de los de Balaguer. Además consta que dos años después de ocurrir aquellos hechos ambas partes aceptaron y siguieron, en el marco del presente procedimiento, un proceso de mediación penal que tenía por objeto resolver y reencauzar las profundas diferencias que entre ellos existía, reconociendo la desagradable situación en la que se encontraban debido a los constantes enfrentamientos que entre ellos existía por estos motivos así como la tensión que se había producido en su comunicación, todo ello permitió que alcanzaran una serie de acuerdos entre los que se encontraban el que la denunciante renunciara a las acciones civiles y, al mismo tiempo, se comprometía a no continuar con el presente proceso penal, lo que se materializó en el acto de juicio al no formular acusación alguna contra el denunciado.

El conjunto de estas circunstancias concurrentes no pueden desvincularse a la hora de enjuiciar los hechos ya que si bien es cierto —como así se encarga de

poner de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito impugnatorio del recurso interpuesto— que el ilícito juzgado constituye una falta de carácter público en el que no ha de tener ninguna incidencia la posición que mantengan las partes también lo es el que éste ilícito participa de una particular naturaleza en la medida en que a través de él se pretende sancionar aquellas conductas de ínfima gravedad que represente el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales dictadas en el marco de los procesos matrimoniales. Es más, en el caso concreto lo que se persigue es la protección de los intereses de los menores en cuanto a titulares de su derecho a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo lo que, a su vez, incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas, conforme al art. 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Por lo tanto, y como se encarga de poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (R. 160/2007) «lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de ‘cosificación’, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz en las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes.

Así las cosas no puede prescindirse en éste caso de la voluntad de las partes al iniciar el proceso de mediación y alcanzar una serie de acuerdos encaminados a la resolución particular del conflicto y estos, con los que se pretende la pacificación de las controversias existentes en relación —entre otros aspectos— al normal desenvolvimiento del régimen de visitas implicó la expresa voluntad de apartarse del presente procedimiento penal, lo que no solo se manifestó con los acuerdos expresamente alcanzados sino con la postura procesal mantenida en el acto de juicio, en la que la propia denunciante rehusó a la calificación de los hechos y, consecuentemente al ejercicio de la acción penal.

De todo ello ha de deducirse que aún cuando en el presente caso pudiera inculparse el único hecho enjuiciado en la falta en la que se sustentó la única acusación, la deducida por el Ministerio Fiscal, en el acto de juicio oral, lo cierto es que la existencia de aquel acuerdo alcanzado durante el proceso de mediación, y referido a unos hechos anteriores entre los que se encontraba el que fue objeto de enjuiciamiento, unido a la posición procesal mostrada por la denunciante, que desistió del ejercicio de la acción penal, y al importante tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos y el momento en que se juzgaron, abocan indefectiblemente a considerar que, en este caso en concreto, los hechos carecen de relevancia y trascendencia penal, al haberse reencauzado a los trámites de resolución voluntaria y personal del conflicto y todo ello en aras a procurar la necesaria atenuación de las tensiones a fin de procurar el

pacífico desenvolvimiento de las relaciones entre ambos progenitores, lo que indiscutiblemente y en definitiva ha de redundar en beneficio de los menores.

Consecuentemente a lo anterior ha de estimarse el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido de absolver al recurrente de la falta por la que venía condenado, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de ambas instancias, conforme a lo establecido en el art. 239 y siguientes de la LECr».

En la fase de enjuiciamiento también podrá tener lugar la mediación antes de la práctica de la prueba, pudiendo valorar su conveniencia el Juez que se encargue del mismo, siempre que exista acuerdo del Ministerio Fiscal.

Si las partes aceptan y, sometiéndose a mediación, no hubiere acuerdo, se abrirá el juicio oral. En caso contrario, se iniciará el acto del juicio con el trámite de conformidad, en el que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en mediación, siempre dentro de los términos de la más estricta legalidad —art. 787 LECr—.

En cualquier caso y fase, es claro que el imputado, o bien acusado, habrá de haber admitido, por propia iniciativa, algún tipo de participación en los hechos, si bien la valoración de la reparación y consecuencias jurídicas derivadas de la misma le corresponde efectuarla al Juez o tribunal que conozca de la causa.

En la fase de ejecución, será el Juez encargado de la ejecución, con el acuerdo del Ministerio Fiscal, quien valore la conveniencia de la mediación. La mediación finalizada en esta fase podrá ser valorada por ambos, junto a otros elementos concurrentes, a fin de conceder suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto.

Por otro lado, los efectos de la mediación con resultado de acuerdo entre las partes deben ser distintos según sea la fase del proceso penal en que tenga lugar. Actualmente, tal y como se está llevando a cabo en los Juzgados con la experiencia piloto del CGPJ, si se produce con anterioridad a la sentencia, normalmente redundará en la aplicación de la atenuante de reparación del daño a la víctima prevista en el art. 21.5 CP, siendo el Juez quien valorará la intensidad de la misma, como simple o muy cualificada, para lo que habrá de tomar en consideración el desarrollo del proceso y las demás circunstancias que concurran en el caso.

No obstante, para que pueda apreciarse la atenuante del art. 21.5 CP, el Tribunal Supremo exige que la reparación sea real y efectiva, pues en caso contrario, aun habiendo sometimiento de las partes al proceso de mediación y acuerdo,

no cabrá que el tribunal la aplique. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2006, al manifestar que:

El primero de los tres motivos que articula el recurrente lo canaliza a través del art. 849-2 LECrim, denunciando error de hecho, al no haber hecho constar la sentencia en el factum su participación junto con la víctima en un «programa voluntario de mediación penal» arbitrado por la Subdirección General de Medios Abiertos y Medidas Penales Alternativas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1. La denuncia casacional viene documentalmente apoyada en el Informe obrante a los fol. 185 a 189 en el que la citada Subdirección General hace constar «el Sr. Narciso manifiesta su arrepentimiento por las lesiones causadas al Sr. Matías, que, en ningún momento tuvo la intención de hacerle ningún mal, y además le pide disculpas. El Sr. Matías acepta estas disculpas. Ambas partes, con la firma de este acuerdo, dan por finalizado el conflicto El Sr. Matías se da por reparado después de este proceso de mediación.

La inclusión de este dato, aunque de forma expresa no lo manifieste el censurante, tiene por objeto incorporar al relato histórico sentencial la base fáctica necesaria para la estimación de la atenuante de reparación del daño, sobre cuyo extremo versa el contenido del motivo siguiente.

En el correlativo ordinal se denuncia, a través del art. 849-1.o LECrim, la inaplicación del art. 21-5.o CP en relación al núm. 6, circunstancia análoga de reparación del daño.

1. No le falta razón al recurrente en lo concerniente a que en momento procesal oportuno formuló petición expresa para que el tribunal sentenciador apreciara la atenuante referida, como consta en el apartado 4.3 del escrito de calificación provisional, elevado a definitivo en el acto del juicio oral. En dicho trámite se introdujo una modificación, aceptada por el tribunal, pero referida al apartado 4.1, según se desprende del escrito complementario presentado en el acto de la vista, lo que hacía que quedase inalterada la pretensión de estimación de la atenuante analógica de reparación del daño.

La Audiencia, ni en los antecedentes de hecho de la sentencia en el apartado de la calificación de la defensa, ni en el cuerpo de la misma, ni mucho menos en el fallo sentencial, se pronuncia sobre tal extremo. Así las cosas, es visto que estamos ante un claro supuesto de incongruencia omisiva (art. 851-3 LECrim), acogible en casación, pero con posibilidad de ser salvada la omisión con un pronunciamiento de fondo de esta Sala de casación, habida cuenta que el recurrente aduce, precisamente en este motivo, otro por infracción de Ley en el que plantea la aplicación de tal atenuante.

2. La sentencia refleja en el fundamento jurídico séptimo la afirmación según la cual «todo responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente si bien no procede en este caso por no reclamar la víctima y existir además una conciliación expresa entre la misma y el procesado, dentro del sistema arbitrado por la Administración para la solución amistosa de los conflictos».

En el tenor literal del informe confirma la voluntad reparadora del autor del delito dándose la víctima por satisfecha con la finalización de este programa reparador, que dio lugar a la firma de los acuerdos plasmados a los folios 188 y 189.

El problema es si tal situación es susceptible de tenerse en cuenta como base fáctica de una atenuante de reparación del daño, aunque sea analógica.

3. El Ministerio Fiscal, con certeras argumentaciones resume los criterios que esta Sala viene manteniendo. Señalemos los siguientes:

a) Esta circunstancia, de naturaleza predominantemente objetiva, responde a una política criminal orientada a la protección de la víctima y requiere para su estimación dos elementos:

1. el primero de carácter cronológico, en cuanto la indemnización o reparación deberá llevarse a efecto con anterioridad a la fecha de la celebración del juicio.
2. el segundo, de naturaleza material, consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o incluso de la reparación moral. En cualquier caso deberán quedar excluidos los factores de índole subjetiva propios del arrepentimiento.

b) Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta «personal del culpable». Ello hace que se excluyan:

1. los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio.
2. supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado.
3. conductas impuestas por la Administración.
4. simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

c) La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, de manera que no es posible reconocer la consecuencia atenuatoria a acciones aparentes o a reparaciones reducidas pese a tener los medios adecuados. Debería, por tanto, excluirse la atenuación en la consignación de pequeñas cantidades.

A pesar de todo no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima.

d) Una reparación real y verdadera no implica que en todos los casos deba ser total, cuando el autor haya realizado un esfuerzo reparador auténtico, pues también forma parte de la atenuación la disminución de los efectos perjudiciales del delito, por lo que las reparaciones parciales significativas contribuyen a disminuir tales efectos, todo ello sin perjuicio de la intensidad atenuatoria que el tribunal estime procedente otorgar a la circunstancia.

4. De cuanto llevamos dicho la mera participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación. El perjudicado desde un principio renunció a toda clase de indemnizaciones, así que tanto da que no exista daño a reparar o el existente sea renunciado, ya que en ninguno de ambos casos se ofrece la posibilidad de reparar y realmente, en este caso, no se ha reparado nada.

La renuncia del perjudicado por razones familiares (se hallaba casado con la sobrina del acusado) no se produjo por efecto de la reconciliación, sino a causa de la generosidad de la víctima y no de las disculpas extrajudiciales.

En definitiva, sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación. El motivo se desestima».

Es igualmente posible, que la mediación tenga reflejo en una sentencia de conformidad, imponiéndose la condena pactada por el Ministerio Fiscal y el imputado, si tiene lugar en la instrucción, o acusado, si tuviere en el juicio oral, evitándolo, y en su caso el acusador particular si lo hubiera. En cualquier caso, la sentencia, además de la condena, podrá recoger los pactos alcanzados por las partes respecto a la responsabilidad civil y los compromisos personales a los que hubieren llegado.

En definitiva, para el infractor la mediación con acuerdo podrá suponer la aplicación de circunstancias atenuantes, y en su caso, de ser la pena privativa de libertad, facilitar la evitación del ingreso en prisión, favoreciendo así el recono-

cimiento del beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena o de su sustitución por pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Por último, por lo que respecta a la mediación en fase de ejecución, nos remitimos a lo anteriormente expuesto respecto a la reforma del Código Penal a este respecto.

En cualquier caso, mientras sean estas las consecuencias otorgadas en la práctica al acuerdo reparador, al investigado, encausado o acusado no le resulta atractivo acogerse a la mediación, pues nuestra legislación le viene a otorgar los mismos beneficios legales en el caso de que llegue a intentar reparar el daño a la víctima, que si acordare con ésta un acuerdo reparatorio a través de la mediación. La atenuante del art. 21.5CP, las alternativas a la prisión como la suspensión o sustitución de la pena, o los beneficios penitenciarios derivados de la fase de ejecución penal, le son concedidos sin necesidad de que tenga que reconocer los hechos delictivos y asumir su culpabilidad.

Respecto a apreciar la atenuante, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia 249/2014, de 14 de marzo,

La mediación por sí misma no constituye un atenuante, aunque a través de ella se puede llegar a la conciliación, a la reparación y a otras fórmulas de satisfacción simbólicas que en su caso podrían tener repercusión penal. La mediación es la herramienta para alcanzar unos fines. Es un medio y no un fin. Y dentro de esta perspectiva, la reparación no sólo engloba las indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil, sino que el contenido de la justicia restaurativa, nos invita a redescubrir que la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico, una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido. Por tanto es la reparación la que genera la atenuante y no el procedimiento en sí de la mediación que puede resultar fallido. Porque cabe reparación sin previa mediación; y mediación sin reparación.

En segundo lugar, una de las cuestiones más controvertidas viene siendo la de delimitar el posible ámbito objetivo en que estas medidas pueden ser eficaces. Pues bien, la ley lejos de aclararnos en qué delitos si y o no se puede utilizar, se limita a indicar que será posible el recurso a los servicios reparadores allí donde esta posibilidad no esté legalmente vedada.

Las posturas son diversas, existiendo quienes consideran que se debe limitar su aplicación a los delitos menos graves y a las faltas; mientras hay quien considera que, a sensu contrario, se debe excluir de la mayoría de las faltas. Por último, hay otra postura que considero más adecuada, y es la relativa a considerar que

habrá 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. De manera que la derivación a mediación no debe responder exclusivamente a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales, sino que debe tomar en consideración el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas, y con vulneración de derechos eminentemente personales. Tengamos en cuenta que la gravedad del hecho, según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal, no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente, de forma tal que no tienen por qué estar todos los delitos graves excluidos, ni deben incluirse todas las faltas, porque no todas son idóneas para el proceso de mediación.

Así bien, se han de barajar varios criterios, por un lado y claramente, los subjetivos, esto es, las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían la resolución mediada, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se hallen; y además la significación subjetiva del hecho, al margen de su calificación jurídico-penal. Por otro, a lo anterior habrá de unirse, si se trata de un hecho flagrante o en el que existen claros indicios de criminalidad. Para por último valorar positivamente los supuestos en que nos hallamos ante relaciones enconadas entre partes, en su caso con múltiples denuncias repetidas o cruzadas, en injurias y calumnias, violencia doméstica y de género, y hurtos contra las personas físicas.

A este respecto, la apreciación de cuál sea el hecho delictivo concreto que ha de derivarse a mediación, se debería dejar, en primer lugar, en manos del juzgador, y a continuación, remitidas las partes a mediación, será el equipo quien tome la última decisión.

Sin embargo, y a pesar de no haber previsión legal alguna de mediación en el proceso penal, en los delitos de violencia de género la mediación se halla excluida por el art. 44.5 LO 1/2004.

En tercer lugar, se requiere un reconocimiento por parte del victimario de los hechos esenciales que fundamentan la responsabilidad penal, lo que equivale a la asunción de los elementos fácticos básicos a los que alude el artículo 12 de la Directiva, la que exige como condición mínima, el reconocimiento por el infractor de «los elementos fácticos básicos del hecho».

Claro, tal y como se prevé la aceptación de la mediación en el proceso penal, se plantea una cuestión que incide de manera sustancial en la afectación de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la presunción de inocencia.

Desde luego, se ha de tratar de evitar que los derechos y garantías se hallen afectado una vez iniciado el proceso de mediación, éste no llegue a su fin, o bien terminado, no haya acuerdo.

Por otro lado, el precepto, en una cuestión de tanta transcendencia, obvia identificar el órgano que ha de recibir tal declaración, la que, en todo caso, no debiere ser hecha ante el órgano jurisdiccional o el Ministerio Fiscal.

Por último, se establece el deber de confidencialidad de los debates que precisan para su difusión del consentimiento de ambas partes, sin que, a diferencia de lo que establece la Directiva, pueda quebrarse el deber de secreto cuando así lo aconsejen razones de interés público superior.

En efecto, el proceso ha de ser confidencial, pues es la forma de garantizar la confianza en el sistema, aunque cabe admitir excepciones que deben ser expresamente reguladas. Mas el principio de la confidencialidad hay que ponerlo en relación con otro principio, el de voluntariedad, que determina que, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede dar por finalizado el proceso de mediación y acudir a los tribunales. Por esta razón se ha de garantizar que no se va a utilizar la mediación de forma fraudulenta para obtener fuentes de prueba.

En cualquier caso la confidencialidad respecto a la persona del mediador ha de garantizarse a través de que quede vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados, así como que no pueda ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente, ni tampoco como perito.

Respecto a las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

No obstante, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas, o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento.

2 | El arbitraje en el sistema de ADR

Arturo Alvarez Alarcón¹

El profesor Alvarez Alarcón comenzó su intervención mostrando su agradecimiento a todos los organizadores y recordando la figura de D. Manuel Serra, al que calificó como sabio y, por ello, humilde y modesto.

Tras una breve referencia histórica a la Ley de Arbitraje Privado de 1953 y a las dificultades relativas a su aplicación práctica, destacó el impulso que se quiso dar al arbitraje con la posterior de 1988, si bien reconoció que sus anunciadas bondades de rapidez, economía y eficacia quizá no sean tales, lo cual, unido a nuestra propia idiosincrasia, posiblemente hayan determinado que la institución no termine de cuajar.

Con la vigente ley de 2003 se produce un cierto cambio de mentalidad respecto al arbitraje, al que se pretende situar más en el plano de los negocios; la nueva regulación se *vende* como el instrumento que situará a España en la primera división del arbitraje y como potencial sede de arbitrajes internacionales, con los consiguientes beneficios económicos. Los datos aportados por el ponente, por el contrario, no reflejaban esa visión tan optimista.

También destacó la importancia del arbitraje sectorial de consumo, de indudable éxito, aunque previsto para reclamaciones de escasa cuantía; su auténtica trascendencia reside en que es la vía de solución de controversias que de otra manera no tendrían solución. Al compararlo con los «grandes» arbitrajes, es evidente que existe un amplio espacio con cabida para que el arbitraje se desarrolle.

1. Resumen de su intervención realizado por José María Roca Martínez, director de las Jornadas, extraído de la grabación de las mismas.

Concluyó Arturo reflexionando sobre los dos riesgos que, en su opinión, existen en el arbitraje: la posible falta de independencia (con árbitros que forman parte de grandes bufetes que a su vez asesoran a las compañías que acuden al arbitraje) y la posible falta de seguridad jurídica (por la ausencia de repertorios de resoluciones).

3 | La mediación como medio de solución de conflictos en el ámbito civil

Miguel Álvarez de Linera Prado

3.1. Introducción

La UE se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas. Con este fin, la Comunidad se compromete a adoptar, entre otras cosas, las medidas de cooperación judicial en materia civil que sean necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.



El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial.

En mayo de 2000, el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que indicó que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituye un paso fundamental para permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia.

En abril de 2002, la Comisión presentó un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil en el que hacía balance de la situación imperante en lo que respecta a métodos de solución en la Unión Europea y con el que inició una amplia consulta con los Estados miembros y las partes interesadas sobre posibles medidas para promover el uso de la mediación.

El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La presente Directiva pretende así contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación.

Como se desprende de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la mediación pretende dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, partiendo del hecho de que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplirán voluntariamente y también que preservarán una relación amistosa y viable entre las partes.

Para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, la directiva considera necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil.

3.2. Regulación nacional de la mediación

La trasposición de dicha directiva a nuestro ordenamiento jurídico se ha producido a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sobre cuyo examen, aplicación práctica y eficacia, se hará mención en éstas líneas.

1º. La ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Comienza el Preámbulo de la citada ley exponiendo las bondades del sistema al manifestar que

las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configu-

ra como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.

Con tal fin de dotar de solución efectiva y rentable a los conflictos entre particulares se arbitra éste sistema que ha sido útil a otros países, no de nuestro entorno histórico, pero sí del entorno de algunos de los países que forman a día de hoy parte de la UE, que se ha venido a considerar por nuestro legislador como una institución ordenada a la paz jurídica, que contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y que puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

Esta llamada institución se arbitra por el legislador como un sistema de solución de conflictos extrajudicial basado en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes, y que se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública. Y así se define la mediación en el art.1 de la Ley 5/2012 como «aquél 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».

3.3. Principios rectores de la mediación

a) Voluntariedad

Según se desprende del art. 6 de la Ley 5/2012

La mediación es voluntaria. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

Parte, por tanto el legislador del carácter voluntario de la mediación, aún cuando, como ocurre en determinados supuestos dentro de nuestro ordenamiento jurídico como la conciliación en determinados ámbitos fue de forma general y es, particularmente, en el ámbito laboral, obligatoria.

Y dicha opción resulta acertada por cuanto, como más adelante tendremos ocasión de advertir, el sistema obligatorio de conciliación se convirtió en un mero trámite previo al acceso a la vía jurisdiccional sobre el que las partes en litigio y los propios profesionales no mostraron en nuestro sistema procesal interés ni confianza alguna.

No obstante ello, y advertida la Comisión Europea del fracaso del sistema de mediación en España, así como en otros países de nuestro entorno, en el mes de agosto de 2016, como consecuencia del informe de seguimiento de la aplicación y resultados de la mediación, ha recomendado, no solo implementar los recursos económicos que se vienen destinando al desarrollo y aplicación de la mediación, sino, si ello fuera necesario, a su imposición con carácter obligatorio.

Quizá, a la vista del resultado que ha venido teniendo en España la mediación, será ésta última la única alternativa eficaz para garantizar su aplicación. Y aún en éste caso, se muestra más que dudoso su éxito y se aventura la reiteración de errores pasados convirtiendo la mediación como un mero trámite previo al acceso a la jurisdicción que, a la vista del número de asuntos civiles que se tramitan y resuelven en nuestro país, goza de plena confianza para los ciudadanos.

Es, por tanto, un acierto, que el legislador español no haya dado carta de naturaleza a ésta recomendación de la Comisión, y que la mediación se siga concibiendo como un mecanismo de resolución de conflictos voluntario y no preceptivo.

b) Igualdad de Partes y Neutralidad

El art. 7 de la Ley 5/2012 dispone a éste respecto que

En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Se arbitra así al mediador como un mero espectador en el conflicto que no puede pretender «conciliar» a las partes sino meramente hacer de conductor

de las partes con el único fin de que sean ellas mismas quienes lleguen a construir un punto de encuentro que ponga fin a su controversia. Es éste quizá el punto más delicado del cometido del mediador el cual, según dispone el art. 8 de la Ley 5/2012 debe desarrollar su función «de forma que permita a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación», debiendo «facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes».

c) Confidencialidad

Dispone a éste respecto el art. 9 de la Ley 5/2012:

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.
2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:
 - a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
 - b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.
3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

d) Buena Fe

Dispone en éste sentido el art. 10 de la Ley 5/2012:

Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

3. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

3.4. La figura del mediador

Partiendo del art.5 de la Ley 5/2012

Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades.

La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley.

Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen.

2. Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

3. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.

Se hace así preciso arbitrar un sistema que garantice la selección y formación del mediador, a cuyos efectos, el art. 11 de la Ley dispone que

Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Adolece en éste sentido la norma de una excesiva amplitud de criterios en orden a garantizar una debida preparación del mediador, exigiendo una titulación excesivamente genérica e imprecisa acompañada de «uno o varios» cursos específicos impartidos por instituciones acreditadas, lo cual hace que la mediación se convierta en un campo minado de profesionales de las más diversas categorías y especialidades sin posibilidad de control alguno sobre sus capacidades y habilidades en el ámbito de la mediación. Quizá por el ello el último inciso del precepto que venimos refiriendo dispone que «El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Se echa en falta un mayor rigor en las exigencias para acceder a la condición de mediador así como la previa demostración de la capacidad del candidato como si ocurre con otras profesiones como la propia del abogado al que se exige, no solo un título habilitante, sino haber superado el conocido como examen de acceso a la abogacía tras haber cursado los correspondientes cursos específicos.

3.5. El procedimiento de mediación

A. Inicio

Según se desprende del art. 16 de la Ley, el procedimiento de mediación se inicia:

- a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.
- b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

B. Sesión Informativa

Recibida la solicitud, dispone el art.17 de la Ley que

el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las par-

tes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Hace en éste sentido la Ley una salvedad al disponer que la citación lo será «salvo pacto expreso entre las partes», menciona éste que se coherente poco con el carácter voluntario de la mediación y con la propia naturaleza de la mediación por cuanto ésta sesión informativa, de necesaria asistencia como vimos, tiene por objeto informar a las partes de aspectos básicos de la mediación, incluido su coste.

Contempla asimismo éste precepto la posibilidad de que las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1, posibilidad ésta que pudiera ser contraria al principio de confidencialidad que ha de presidir la mediación salvo que las propias partes interesadas renuncien expresamente a él.

En cuanto al número de miembros que han de integrar el órgano mediador, el art. 18 prevé la posibilidad de que

si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.

Nada se dice sobre quién y cómo ha de decidir si nos encontramos con un asunto complejo, ni en que consiste tal actuación coordinada, ni el sistema para adoptar determinadas decisiones en el curso de la mediación, ni el sistema para dirimir posibles discordias entre los mediadores. Así como tampoco nada se dice sobre la posibilidad de que las partes puedan solicitar la intervención de otro mediador por diferencias insalvables con el mediador o con uno de los miembros órgano de mediación.

En cuanto al contenido de la sesión informativa, el art. 19 de la Ley 5/2012 dispone que

1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

A este respecto se ha de decir que hubiera sido deseable que el legislador contemplara la necesidad de reproducir la sesión a través de medios electrónicos o telemáticos que ofrecen mayor garantía para las partes intervinientes así como una remisión al desarrollo reglamentario de los honorarios de los mediadores, siquiera con carácter orientativo, a fin de evitar abusos en éste sentido. Véase en éste sentido como las distintas ofertas que se anuncian en la red por parte de éstos profesionales resultan de lo más dispar, con lo que sería recomendable que el legislador procediera a ofrecer una unificación de criterios retributivos de mínimos.

C. Sesiones de Mediación

Por lo que respecta al desarrollo de las sesiones de mediación, el art. 21 de la Ley 5/2012 dispone que

El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidenciali-

dad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

Vemos como el legislador prevé la posibilidad de sesiones independientes con cada una de las partes, posibilidad ésta que no solo resulta contraria a la propia naturaleza de la mediación, dada la voluntariedad y buena fe que la preside, sino que pudiera afectar a la propia independencia del mediador.

D. Terminación del Procedimiento de Mediación

En cuanto a la terminación del procedimiento, el art.22 de la Ley 5/2012 dispone que

1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

Y en cuanto al acuerdo de mediación, dispone el art. 23 que

1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.
3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

3.6. La mediación intraprocesal

Consecuencia de la directiva 58/2002 y de la Ley 5/2012, el legislador español ha introducido una serie de reformas en las leyes procesales y sustantivas en orden a promover el uso de la mediación, posibilitando a los órganos jurisdiccionales a fin de que informen a las partes en litigio la posibilidad que tienen de someter la cuestión a mediación, siendo en éste caso el juzgador quien habrá de valorar las concretas circunstancias del caso que justifican la remisión de las partes a mediación.

En éste sentido, y en el ámbito del procedimiento ordinario, el art. 414 de la Lec, según redacción dada por la Disp. Final 3ª de la Ley 5/2012, dispone que:

1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el Secretario judicial, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de

derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.

Asimismo, la Lec prevé la posibilidad de que sean las propias partes quien soliciten del tribunal la suspensión del procedimiento para someterse a mediación. En éste sentido, el art. 415 de la Lec, según redacción dada por la Disp. Final 3ª de la Ley 5/2012 dispone que :»1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.

Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.

Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación.

En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.

2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes.

Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.

Asimismo, en el ámbito del juicio verbal se prevé idéntica posibilidad al establecer el art. 440 de la Lec que:

1. Contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el secretario judicial, cuando haya de celebrarse vista de acuerdo con lo expresado en el artículo 438, citará a las partes a tal fin dentro de los cinco días siguientes. La vista habrá de tener lugar dentro del plazo máximo de un mes.

En la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma».

En el mismo sentido, y una vez iniciada la vista del juicio verbal, el art. 443 de la Lec dispone que:

Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación. En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.

Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista. En el caso de haberse alcanzado en la mediación acuerdo entre las partes, éstas deberán comunicarlo al tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial.

Asimismo, el párrafo 3º del art. 443 prevé la posibilidad de que el juez invite a las partes a someterse a mediación cuando dispone que:

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje.

Ya en el ámbito de la norma sustantiva, merece especial mención el art. 14 del Texto refundido de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor, según redacción dada por la ley 35/2015, el cual dispone que:

1. En caso de disconformidad con la oferta o la respuesta motivada y, en general, en los casos de controversia, las partes podrán acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
2. A tal efecto, será el perjudicado quién podrá solicitar el inicio de una mediación, en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento que hubiera recibido la oferta o la respuesta motivada o los informes periciales complementarios si se hubieran pedido.
3. Podrán ejercer esta modalidad de mediación profesionales especializados en responsabilidad civil en el ámbito de la circulación y en el sistema de valoración

previsto en esta Ley, que cuenten con la formación específica para ejercer la mediación en este ámbito. El mediador, además de facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, desarrollará una conducta activa tendente a posibilitar un acuerdo entre ellas.

4. Recibida la solicitud de mediación, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En particular, el mediador informará a las partes de que son plenamente libres de alcanzar o no un acuerdo y de desistir del procedimiento en cualquier momento, así como que la duración de la mediación no podrá ser superior a tres meses, que el acuerdo que eventualmente alcancen será vinculante y podrán instar su elevación a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo.

3.7. Tratamiento procesal de la mediación

En cuanto al tratamiento procesal que la Ley Rituaria hace de la mediación, hemos de partir del art. 19 de la Lec en cuanto dispone que:

Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

Se regula, por tanto, la mediación como una facultad de las partes que podrán utilizar, según dispone en el apartado tercero de éste precepto «según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia». En éste sentido, aún cuando mediara una sentencia no firme que resuelva la cuestión de fondo, y aún cuando la Lec no contemple la posibilidad de someter a mediación la cuestión litigiosa en segunda instancia o en casación, ningún impedimento existe para que, en éstos casos, las partes puedan pedir la suspensión del procedimiento por estar en vías de arreglo y, llegados a un acuerdo de mediación, soliciten la terminación del procedimiento por concurrir una transacción extrajudicial.

De igual modo, habiéndose sometido las partes a mediación, la Lec. permite oponer como excepción tal circunstancia mediante la correspondiente declinatoria como así se desprende del art 63 de la Lec en cuanto dispone que:

Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.

3.8. El futuro de la mediación

Constituye un hecho notorio que la mediación no ha tenido la acogida esperada en nuestro sistema judicial, pudiendo decirse que los resultados han sido meramente testimoniales dada la escasa tendencia de los jueces y magistrados a derivar sus asuntos a mediación por múltiples razones.

Asimismo, no puede dejar de ponerse de manifiesto la escasa cultura de mediación en la ciudadanía que inveteradamente han acudido a los tribunales para la resolución de conflictos, eludiendo la utilización de medios alternativos como el arbitraje o la mediación.

De seguirse la actual tendencia, no será posible comprobar las bondades de rapidez, eficacia y bajo coste que la Directiva predica de la mediación.

En éste estado de cosas, que ya se aventuraban a la vista de los pobres resultados de la institución del arbitraje y que se concretan en el muy escaso uso que los ciudadanos hacen de la mediación, quizá resulte más conveniente no imponer la mediación como sugiere la Comisión Europea sino dotar de más medios al sistema judicial español a fin de paliar el inveterado colapso de los órganos jurisdiccionales que desde hace décadas se viene denunciando desde distintos ámbitos, sin que haya obtenido respuesta positiva por parte del Estado, al margen de algunas reformas de carácter procesal que han venido a dotar de mayor agilidad a los procedimientos.

VIII CONFERENCIA

D. Jaime Moreno Verdejo dictó su conferencia sobre el tema *Algunas cuestiones sobre la atribución al Fiscal de la instrucción en la reforma del Proceso Penal*.

Algunas cuestiones sobre la atribución al Fiscal de la instrucción en la reforma del Proceso Penal

Jaime Moreno Verdejo¹

1. Introducción

Los intentos en los años 2011 y 2014, a través de la creación de dos Comisiones en el Ministerio de Justicia, para reformar la Ley procesal penal han culminado con el Anteproyecto Caamaño de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2014. Parte de éste borrador se ha incorporado a la LECrim a través de las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operadas por 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 vigor desde el 6 de diciembre de 2015, y 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.

1. El Ilmo. Sr. D. Jaime Moreno Verdejo es en la actualidad fiscal de la sala 2ª del Tribunal Supremo; ha sido vocal de la Comisión técnica que elaboró la propuesta de Código Procesal Penal de 2012.

Pero en estos compases de la inaugurada legislatura —enero de 2017— el Ministerio de Justicia anuncia que buscará el consenso necesario para terminar de llevar a la LECrim una completa reforma que, en lo que se anuncia, tendría su punto estrella en otorgar al Ministerio Fiscal la instrucción de las causas.

El debate sobre si conviene instaurar un nuevo modelo procesal penal alcanza no sólo a quién ha de instruir sino a otros muchos aspectos: cómo ha de desarrollarse la fase de instrucción, la distribución geográfica y funcional de jueces y fiscales, la posible reunificación de los procedimientos, etc.

Varios adjetivos permiten, a mi juicio, enmarcar el desarrollo de este debate:

- Recurrente: año tras año, borrador tras borrador, se suceden los proyectos, los estudios y la discusión acerca de la conveniencia de acabar con el Juez de Instrucción. Poco menos que ya nos encuentra, si no cansados, sí un tanto escépticos.
- Condicionante: de todos los puntos esenciales en la modernización del proceso penal, éste —la supresión del Juez instructor— condiciona mucho la solución que haya de darse a otras cuestiones. No tiene mucho sentido avanzar en reformas parciales de la Ley sin tener claro cuál sea el diseño final. La solución de un punto condiciona la de otro. El proceso penal es un puzzle en el que no cabe ir poniendo fichas sin saber cuál es el dibujo que con ellas pretende formarse. La oficina judicial, por citar un ejemplo, no parece que haya de ser igual en la jurisdicción penal, si se acoge el modelo del Fiscal instructor.
- Preconcebido: a base de repetir que conviene otorgar la instrucción al Fiscal y de que ello resulta acorde con el principio acusatorio se ha generado la idea de que se trata de una decisión obligada. Es cierto que los países europeos han encaminado sus sistemas en tal dirección, pero se trata de una opción que, en todo caso, no viene impuesta por el art. 117 CE. Al efectuar este debate acaso convenga conocer cómo se han desenvuelto en la praxis los modelos instaurados en otros lugares.
- Errático: a juzgar por la trayectoria que han seguido las reformas de la LECrim hasta ahora no puede decirse que exista una línea clara de actuación. Si la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado ya fijaba el plazo de un año, por supuesto incumplido, para que el Gobierno de la Nación enviara a las Cortes un proyecto de Ley de modificación de la Ley Rituaria Criminal «generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley»; sin embargo, en el año 2002 se apostó por los juicios rápidos con una investigación policial centrada en la necesaria

existencia de un atestado policial y por la potenciación de las soluciones consensuadas que se plasmó en la conformidad privilegiada del art. 801. La filosofía es cambiante: la celeridad no parece que presida el juicio por jurado; en el juicio rápido se confiere importancia a la investigación policial y a la prontitud en la respuesta judicial. ¿Seguiremos manteniendo hasta cinco procesos diferentes si se decide la reforma por poner la instrucción en manos del Fiscal? ¿Sabemos en realidad cómo han resultado en la práctica las reformas que ya hemos implantado? ¿Han funcionado bien los juicios rápidos? ¿Y el procedimiento de jurado? ¿Podemos evaluar el efecto de la conversión de las faltas en delitos leves?

- Político: sin despreciar el altísimo contenido doctrinal que el debate presenta, la cuestión se ofrece también con otros perfiles de indudable matiz político. La configuración del Ministerio Público en España —que no es equiparable al italiano, o al de los EEUU, o al alemán— permite afirmar a los críticos con el sistema que atribuir al Fiscal el monopolio de la investigación supone una concentración de poder, en términos de decisión de lo que se investiga y de lo que no, en manos próximas al poder ejecutivo.
- Superficial: decir que se adopta el sistema del Fiscal instructor es decir mucho y poco a la vez. ¿A qué sistema nos referimos? Existen tantos sistemas de Fiscal instructor y tan distintos que no es menos compleja o relevante la decisión de decantarse por uno u otro que la de decidir seguir con el sistema tradicional del Juez instructor. Por ello, cuando se dice que se acercaría nuestro sistema al de los países de nuestro entorno, se dice algo sólo a medias. No existe paralelismo entre el sistema inglés, con unos poderes de investigación policial extraordinarios, o el sueco con un Fiscal que en el curso de la investigación puede acordar entradas en domicilios, o los poderes de investigación amplios del sistema alemán, con sistemas como el que parece que se pretende instaurar en España en el que el Fiscal necesitaría para prácticamente cualquier decisión de importancia acudir al Juez de Garantías. ¿Quiero que instruya el Fiscal? Depende. No, ya lo adelanto, si con ello se concibe al Fiscal instructor como una especie de oficial del Juez de garantías que poco menos que toma declaraciones y acuerda dirigir oficios para recabar periciales y documentos, pero que no puede hacer nada por sí que afecte a derechos fundamentales o implique decisiones de cierta importancia procesal.

Pues bien, en este complejo debate, en el que la decisión acerca de qué, para qué, y por quién se ha de instruir constituye piedra angular de toda reforma del proceso penal que se quiera iniciar en profundidad, existen, a mi juicio, tres vertientes distintas bajo las que se encuadran todos los problemas que suscita el cambio de modelo:

1. Presupuestario: ¿Hay dinero? ¿Cuanto cuesta el cambio? ¿Que hacemos con los Jueces de instrucción? ¿Y con las sedes? ¿Cómo será la nueva oficina judicial y su personal? ¿En que plazo es posible? ¿Cuál ha de ser la plantilla de Fiscales y su distribución geográfica? ¿Qué medios materiales son necesarios? No entraré en esta vertiente, aunque si afirmo ya que embarcarse en un cambio precisará de mucha energía y de una importantísima inyección económica.
2. Institucional: ¿es necesario introducir cambios en el MF para que la justicia penal no se resienta de una mayor injerencia política? Este tema, aun importante, afecta a no más de un 1% de las causas, aquellas en las que confluyen intereses políticos. Mucho me temo que por encima de cualquier reforma legal la cuestión es más de talante personal.
3. Funcional: ¿Instrucción o investigación? ¿Ámbito? ¿Funciones? ¿Qué valor tiene lo actuado?, etc.

No pretendo agotar, ni mucho menos, todas esas cuestiones. Las presentes líneas, que huyen de todo rigor doctrinal, de citas doctrinales y que carecen, quizá no tanto por decisión propia sino probablemente por incapacidad, de erudición, sólo pretenden poner sobre la mesa, para avivar el debate, determinadas ideas sobre algunos puntos que he seleccionado y que estimo de interés. Ni están, ni se pretende, todas las cuestiones y reconozco cierto capricho en la elección de las que siguen.

Termino ya esta introducción con una confesión. Me gustaría, incluso me facilitaría mucho las cosas, no dudar y ver con claridad —en uno u otro sentido— las opciones que se presentan en este debate. Pero no es así. En fin, lo que quiero decir es que si se me pregunta si quiero o no la instrucción por el Fiscal habría de responder con un «depende». ¿De que modelo hablamos y en qué términos?

2. Una breve mirada a algunos sistemas del Derecho Comparado

Suele repetirse la idea de que resulta inaplazable el cambio de modelo para ajustarnos a otros ordenamientos de nuestro entorno.

Ahora bien, los distintos sistemas de Derecho Comparado no son siquiera parecidos entre si, por ello ¿a cuál nos estamos refiriendo? A ello se añade que es frecuente la alusión a los mismos con conclusiones no del todo seguras: existe mucho mito acerca de lo que caracteriza uno u otro sistema procesal.

De otro lado, a una determinada arquitectura judicial o procesal penal se llega de modo paulatino, mediante la tradición y el ejercicio —legislativo, jurisprudencial, cultural, etc.— de pesos y contrapesos de poder. No resulta natural un pretendido cambio adoptando un sistema «de laboratorio», implantando algo ajeno a nuestra tradición, a la experiencia y a todo estudio previo práctico.

Creo de interés apuntar algunos aspectos básicos de sistemas de nuestro entorno que, cuando menos, resultan llamativos, al desmontarse ciertas ideas preconcebidas no del todo exactas, e ilustran el debate.

En Inglaterra, se incluyen tres diferentes sistemas (Inglaterra y Gales; Escocia; e Irlanda del Norte), no existe pues un sistema unificado. Afecta al 12% de la población de la UE. Investiga la Policía y no existe un Código de delitos sino jurisprudencia sobre éstos, a excepción de leyes sectoriales (Acta sobre el fraude, por ejemplo). Rige el principio de oportunidad. Los Policías investigan y los Jueces juzgan, de ahí que el término «Policía judicial» sea absolutamente imposible de entender para ellos. El sistema descansa fundamentalmente sobre unos 30.000 Jueces legos —los llamados Magistrates— que, funcionando como Tribunal de 3 miembros, conocen del 95% de los casos (prisión hasta 1 año), nombrados por el Ministerio de Justicia. La facultad de investigar los hechos —atribuida a la Policía— y la de perseguirlos —al Crown Prosecutor Service creado desde 1986, conocido jocosamente con iguales siglas como el Criminal Protection Service— se han separado recientemente a raíz de algún caso tristemente famoso, llevado al cine en la película *En el nombre del padre*, que ha evidenciado la necesidad de mantener la separación entre investigación y persecución. La Policía está obligada a entregar todas las pruebas a la Fiscalía. La Fiscalía no tiene el monopolio de las acusaciones. El sistema es muy simple: investiga la Policía, acusa el Fiscal, juzga el Juez.

En Francia, el Juez de instrucción —pese a que se dice reiteradamente que siguen un sistema equiparable al nuestro— dista mucho de ser una figura idéntica a la del Juez español. De entrada el Cuerpo de magistrados y fiscales es único, siendo posible el cambio de uno a otro. El atestado de la Policía judicial tiene valor documental, es un elemento de prueba. La Policía remite los atestados al Fiscal quien puede llevar a esa persona a ser enjuiciado con una sencilla convocatoria. El Juez de instrucción tiene competencia en todo el territorio nacional y no recibe todos los atestados sino que sólo entra a conocer de un caso cuando el Fiscal, al tratarse de una investigación compleja, reclama su intervención a través de un escrito requisitorio en el que se delimitan los hechos investigables. Sólo conocen de un 8% de las instrucciones. Cuando el Juez instructor termina la investigación (en la que por ejemplo resulta llamativo que no precisa motivar una intervención telefónica o un registro) remite lo actuado al Fiscal para que califique. Por tanto, la Fiscalía asume un papel central mien-

tras que el del Instructor es, aunque con enorme poder, marginal, en el sentido de que se desarrolla en un corto número de casos. Existe un Proyecto de supresión del Juez de Instrucción, pivotando todo sobre el Fiscal y el Juez de garantías. Existe monopolio del Fiscal en el ejercicio de la acción penal.

En los EEUU, así como los países de centro y sudamérica que han implantado este modelo a través del Código Procesal Tipo, la investigación corre a cargo del Fiscal, vinculado al poder político. Asume la función de investigar y el ejercicio, en régimen de monopolio, de la acción penal. El juego de la conformidad es enorme. La precedencia de la apertura del juicio se adopta por un órgano judicial en la preliminary hearing y la causa —si no se ha llegado antes a un acuerdo— se enjuicia ante el Jurado. En todo caso, dos cuestiones esenciales: quien se decida siendo inculcado a declarar o los testigos que sean llamados deberán hacerlo verazmente incluso en sus deposiciones ante el Fiscal pues se advierte de la posible responsabilidad por obstrucción a la justicia; asimismo lo manifestado en fase preliminar no es prueba en el juicio sin perjuicio de que quepa interrogar a la persona sobre aquellas manifestaciones previas a fin de evidenciar su credibilidad.

En Alemania, el Fiscal, dependiente del ejecutivo, lleva a cabo la instrucción con enormes poderes (puede acordar la investigación corporal del inculcado, inspección ocular del lugar, autopsia, intervenciones telefónicas, registro de viviendas, acceso a datos bancarios,...) y tiene el monopolio del ejercicio de la acusación. Rige un principio de oportunidad reglada.

El sistema en Suecia —que tuve la oportunidad de conocer en directo bajo el programa de intercambio de la EJTN 2008— es similar al alemán, si bien con un grado enorme de pragmatismo (v.gr.: al final del juicio las partes o testigos presentan ante el Tribunal su factura de costas o gastos recibiendo un cheque en el acto si no se discute la cuantía).

Se caracteriza por la existencia de un Fiscal investigador con muy amplias facultades (aparte de las dichas para el Fiscal alemán, pueden, por ejemplo, recibir declaración telefónica a testigos; sin que solicite, excepto para intervenir un teléfono o instalar cámaras de vigilancia, autorización judicial para casi nada) y todo presidido por la idea de eficacia que pasa por trabajar «en el mismo pasillo» que la Policía, existiendo una estrecha relación y una política de compartir las sedes. Las diligencias de investigación las hace la Policía, sin que el Fiscal esté presente salvo casos de relevancia o especiales. No juega el régimen de conformidades excepto para pequeñas multas. La situación de prisión preventiva debe ser revisada cada 15 días por el Tribunal a quien el Fiscal da cuenta del estado de la investigación, las razones de su no finalización y la conveniencia del mantenimiento de la medida. Antes de terminar su

investigación y decidir si acusa o archiva, el Fiscal confiere a la defensa un traslado —«final serving»— para que solicite diligencias que o bien acepta y practica o no acepta y cabe entonces recurso de la Defensa al Tribunal. Al terminar la investigación remite todo al District Court para que señale día de juicio y a la otra parte.

Se confiere enorme importancia al acto del juicio oral que se desarrolla en todas las instancias con enorme flexibilidad en los turnos y tomas de palabra (presenció en una vista de casación cómo el Presidente del TS preguntó si estaban entre el público los padres de las acusadas, a quienes dirigió preguntas que aquellos, desde los bancos del público, contestaron). Se toma un largo tiempo para exponer el caso, sus antecedentes, y la pena que se solicita sólo se introduce en el momento final de alegaciones. El acusado se sienta con la Defensa, y la víctima con el Fiscal pese a que puede haber acusación representando a la víctima que se sitúa en estrados entre el fiscal y la defensa, y de existir el Fiscal no puede entrar en la responsabilidad civil.

Es llamativa la existencia de un único procedimiento para todos los asuntos con independencia de que se trate de un homicidio o de una mera falta (primera instancia ante los District Court, apelación ante la Court of Appeal y casación, fase ésta en la que se inadmite prácticamente el total de los asuntos, basta decir que el TS dicta de 4000 causas unas 50 sentencias al año, inadmitiendo con un simple rechazo no motivado el resto).

Es importante destacar que en su concepción del sistema judicial están al mismo nivel Policía, Fiscal, Tribunales y Prisión, bajo los medios que provee el M. Justicia.

En Italia —cuyo proceso penal he conocido sobre el terreno mediante un programa de intercambio de la EJTN en 2009— el sistema tiene dos perfiles: el teórico y su práctica. Resulta en la praxis un esquema tremendamente complejo y lento que sería lo opuesto al modelo casi naif sueco. Reúne todos los aciertos y todas las pegadas que, me supongo, como país latino que somos nos encargaríamos rápidamente de importar en nuestra reforma.

La investigación se atribuye al Fiscal, absolutamente independiente ya que el Fiscal general no es en realidad su superior a efectos de emitir órdenes jerárquicas y existe intercambio entre las Carreras Judicial y Fiscal, y éste la desarrolla mediante una investigación preliminar que precisa del Juez (GIP o Giudice per le indagini preliminari) para las medidas cautelares, intervención de comunicaciones, control del archivo o decisión sobre apertura de juicio, control del plazo de las investigaciones mediante su prórroga, etc.

En la práctica el sistema se halla lastrado: por la excesiva influencia de la caducidad que lleva a un inaceptable número de suspensiones, a una especie de investigación o audiencia o juicio poco menos que partido o por entregas (era frecuente ver a los letrados acudir a las vistas directamente con la agenda en orden a fijar el nuevo día, otro, de continuación), a un interregno enorme entre los señalamientos que convierte la inmediación en algo retórico; a la celebración de una extensa vista —audiencia preliminar— para decidir si se abre el juicio, lo que sucede casi siempre que lo insta el Fiscal; a un régimen mastodóntico de casación a la que accede cualquier decisión judicial incluso no de fondo, es decir 40.000 casos anuales de los que se admiten a trámite la mitad dejando así una tarea cuasi imposible de fijación de jurisprudencia uniforme, para la cual existe un específico servicio interno denominado *Massimario*; en fin, a juicios sin tiempo, con prisas, con escaso respeto real a los modos y con excesivo tributo a las formas claramente decadentes.

A ello se suma que del proceso instaurado en 1989 queda bien poco en la medida en que sucesivas reformas legislativas o de la Corte Constitucional han ido adaptando y variando aquel sistema en multitud de cuestiones, entre las que cabe destacar el valor probatorio que finalmente se otorga a lo actuado en la fase de investigación preliminar.

Finalmente Portugal se sumó en 1987 a los países que atribuyen al Fiscal la allí denominada *inquérito*, a la que puede seguir una fase no obligatoria de *instrução* a cargo del Juez.

3. ¿Instruir? Casos en que no es preciso

La actividad de instrucción, tal y como se expresa en el art. 299 LECrim («las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos») tiene una parcela de investigación de hechos. No es ésta la única competencia de la instrucción, que comprende otras múltiples facetas: adoptar medidas cautelares reales o personales, autorizar medidas investigativas que limiten derechos fundamentales, etc.

En el debate sobre si debe instruir el Fiscal se afecta fundamentalmente a la faceta de investigación de los hechos. Otras cuestiones de la instrucción (adopción de medidas cautelares, limitación de derechos fundamentales...) se reservan al Juez de garantías.

Pues bien, en lo que respecta al descubrimiento de los hechos, me pregunto cuántas veces entre el atestado y la sentencia hay diferencias en los hechos y en las fuentes de prueba que en el mismo se apuntan y la respuesta, desde la práctica, es clara: muy pocas.

Quiero decir con ello que la primera premisa en este debate, a mi juicio, no es tanto quién ha de instruir sino qué es la instrucción, para qué sirve y cuándo se precisa la misma.

Por mucho que se haya intentado —y conseguido en enorme medida— en las reformas postconstitucionales de la LECrim variar el esquema tradicional de actuación y sentar que sólo lo actuado en el plenario puede servir de prueba, es lo cierto que —tomando palabras del Proyecto alternativo alemán sobre la instrucción preparatoria— «la suerte de la causa queda echada en la instrucción». Así las cosas, insisto, la cuestión no es tanto quién instruye sino cómo hemos de concebir y modificar culturalmente la manera de entender y vivir la instrucción. Después nos ocuparemos de quién la lleva a efecto. Antes debemos sentar en qué consiste y para qué sirve.

A mi modo de ver en un alto porcentaje de causas no es necesaria instrucción alguna.

Cuando se cuenta con un atestado policial por hechos no complejos —lo que sucede en muchos procesos— resulta absurda la actual tendencia a reiterar, en lo que llamamos instrucción, ante el Juez —en el futuro ante el Fiscal— declaraciones y actuaciones que o ya constan o bien pueden directamente practicarse en el juicio oral como pruebas.

De otra parte, legalmente (art. 779.4 LECrim) es necesaria hoy una diligencia de instrucción: tomar declaración por el Instructor al investigado. Fue una lástima que en la reforma operada por LO 38/2002 de la LECrim para instaurar los juicios rápidos no se terminara de una vez con la idea (recogida por el TC en varias sentencias y expresamente plasmada en 2002 en el art. 779.4 LECrim) de que si se formula directamente escrito de acusación sin haber declarado el investigado en la instrucción se incurre en una acusación «sorpresa» incompatible con las garantías constitucionales. No siempre será necesaria tal declaración y, además, perfectamente podría dejarse su práctica a instancias de la Defensa. En este sentido, 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, abre la posibilidad a procedimientos por delitos leves sin el previo interrogatorio del sospechoso. Así, en su considerando 30 establece que

El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo no debe limitar la facultad de los Estados miembros de disponer que, para infracciones leves como las de tráfico de menor gravedad, la tramitación del procedimiento, o de ciertas etapas de este, pueda tener lugar por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo» y ello se traduce en que en su art. 7 apartado 6 dispone que «Lo dispuesto en el presente artículo no limitará la facultad de los Estados miembros de decidir que, para infracciones leves, la tramitación del procedimiento, o de ciertas fases de este, pueda desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

Por ello, a mi juicio, la instrucción no puede seguir siendo una reiteración de lo ya hecho por la Policía. Tal vez baste con dar a la Defensa la oportunidad de que solicite diligencias en instrucción o solicite, en cuyo caso sí sería obligada la declaración, que declare el imputado. Fuera de ello, vayamos a juicio oral directamente con los datos que el atestado aporte. Ello reduciría la instrucción a un número de casos donde ésta es realmente necesaria pues de la denuncia, de la querrela o del atestado no se conocen los hechos precisos para acudir o no a juicio.

Me explico: la figura del «juez del mazo», al estilo del juez inglés, a la que el Fiscal llevaría directamente mediante un escrito de acusación a las personas detenidas o citadas en un atestado por hechos de sencilla tramitación parece ser un paso obligado para una justicia ágil y eficaz, y para no convertir la oficina del futuro Fiscal instructor en un conjunto de trámites de instrucción que, aunque sencillos, dejan de serlo cuando por ser obligados en todas las causas constituyen un problema de infraestructura y número.

La instrucción debe tener un sentido y ése no es repetir —ante el Juez o ante el Fiscal— el contenido de un atestado.

En realidad, así visto, quien investiga hechos delictivos en tales casos son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Desde esa perspectiva, efectivamente parece razonable que el Fiscal dirija las actuaciones policiales, pero no parece ya razonable que las reitere ante sí.

Por ello, una reforma de la LECrim habría de pasar por permitir que en aquellos casos en los que hoy incoaríamos Diligencias Urgentes —hechos castigados con pena de prisión no superior a 5 años, por los que se ha levantado un atestado policial y que son de sencilla instrucción— se pudiera ir directamente a juicio. El juez que hubiere de fallar, el Juez de lo Penal, perfectamente podría en tales casos, en el momento inicial del juicio, valorar la solicitud formulada

por la acusación en su escrito de calificación y por la Defensa y —de entender que carece de base la acusación— acordar en ese momento el archivo y denegar la continuación del juicio.

3.1. Propuesta de potenciación y rediseño de los juicios rápidos

La pequeña delincuencia, no me refiero a grandes hechos delictivos (blanqueo de dinero, grandes fraudes, tráfico de drogas a gran escala, etc.) sino a hechos que podríamos calificar de delincuencia callejera, y que, pese a ser en su mayoría delitos menos graves, producen en la ciudadanía un importante daño y transmiten una sensación de desconfianza y de inseguridad, es a mi modo de ver la destinataria de este tipo de procedimiento directo.

Los ciudadanos perciben la respuesta judicial a estos hechos como lenta, burocrática y reiterativa en los trámites. A veces no se termina de entender por los ciudadanos por qué queda en libertad un detenido con múltiples detenciones previas; tampoco por qué el perjudicado o los testigos han de prestar declaración primero ante la Policía, después ante el Juzgado de Instrucción y finalmente en el juicio oral que, normalmente, tarda un tiempo en celebrarse superior al que parecería razonable.

La futura regulación del juicio directo debiera a mi juicio contemplar los siguientes puntos básicos o esenciales:

Denominación del procedimiento

El nombre o calificativo que se de a este procedimiento no debiera ser el de juicio "rápido". Esta cuestión terminológica es importante porque al calificar al juicio como rápido se le otorga una especie de carga peyorativa, como de juicio apresurado o con menor nivel de garantías. Y esta es una modalidad de enjuiciamiento con plenas garantías, pero para un determinado tipo de delitos —que no precisan más que de una sencilla investigación— que por su propia naturaleza pueden enjuiciarse de una forma más sencilla. Por ello, pudiera buscarse alguna denominación que incidiera no tanto en la rapidez del enjuiciamiento sino en la sencillez de este tipo de infracción penal: juicio directo.

Procedimiento de nuevo cuño

El procedimiento de juicio directo ha de ser entendido como un procedimiento distinto a los ya existentes. No puede construirse totalmente sobre el esquema

de los procedimientos ya vigentes, exigiendo los mismos pasos procesales que éstos, y ser calificado de rápido en la medida en que se acorten los plazos procesales de todos aquellos pasos.

Ámbito del procedimiento

El ámbito del juicio directo debe referirse a los hechos delictivos que hoy son competencia del Juez de lo Penal: hasta 5 años de prisión o 10 años si se trata de penas de otra naturaleza. La escasa relevancia de los juicios rápidos en relación con los delitos atribuidos a conocimiento de la Audiencia Provincial no justifica, en principio y sin perjuicio de una posible ampliación futura, el establecimiento de toda la infraestructura (Secciones de Guardia en las Audiencias) que la realización de este tipo de enjuiciamiento precisa. No creo procedente, a la luz de los datos estadísticos antes expuestos, que se extienda este procedimiento a los delitos competencia de las AAPP.

Por tanto, alcanzaría a todos los delitos que hoy son competencia del Juez de lo Penal.

Esto no significa que todos los delitos competencia del Juez de lo Penal se tramiten por esta vía, sino sólo aquellos que, por sus circunstancias, se acordare la tramitación como enjuiciamiento directo, lo que, como veremos, ha de dejarse a la decisión de la acusación pública.

Decisión de tramitación de este procedimiento

El procedimiento de juicio rápido se configura actualmente como una alternativa opcional dentro del procedimiento abreviado.

Ahora bien, se estima que uno de los puntos esenciales de la reforma pasaría por el hecho de que la decisión de tramitar la causa a través del procedimiento de juicio directo se deje exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal, convirtiendo de ese modo el procedimiento de juicio directo en un cauce procesal obligado si la acusación oficial así lo decide. El juicio directo debe convertirse en un procedimiento común para un tipo de delitos de sencilla investigación y enjuiciamiento cuando así lo inste la acusación pública. No es posible que una acusación distinta del Fiscal inste juicio directo: he ahí un primer filtro.

En consecuencia, la regulación ha de contemplar que el Fiscal, a la recepción del atestado con o sin detenido, cuando de las actuaciones realizadas (normalmente las contenidas en el atestado y en su caso las realizadas por el Fiscal) estime que puede formular acusación, presente escrito de acusación —o inclu-

sive podría bastar la mera solicitud de citación a juicio donde se formularía in voce la acusación— en el que se solicite la celebración de juicio directo en el propio Juzgado de lo Penal.

Importancia del atestado policial

La labor previa de la Policía Judicial, plasmada en el atestado remitido al Fiscal, ha de ser esencial para permitir un enjuiciamiento directo, evitando que en el Juzgado se realicen las diligencias que directamente deben practicarse en el acto del juicio oral.

La decisión de tramitar la causa por juicio directo sólo es posible si está apoyada en un atestado de la Policía que recoja todos los datos que el Fiscal precisa para formular su acusación. Actualmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya recoge muchas previsiones en este sentido, permitiendo que se practiquen numerosas diligencias que consten en el momento de confeccionar un atestado que sirva al Ministerio Fiscal para decidir la tramitación del juicio inmediatamente.

En todo caso, entre las posibles actuaciones a recoger en dicho atestado cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: diligencia en la que consten localizados y disponibles los testigos, sus números de teléfono, con advertencia de que van a ser citados a juicio; posibilidad de pericial sobre la situación mental, drogadicción etc. del detenido o denunciado; constancia de los antecedentes policiales y penales del denunciado o detenido que se aportaran directamente desde la Comisaría; narcotest sobre la droga incautada; ofrecimiento de acciones a los perjudicados; etc.

Juicio de acusación

El principal escollo constitucional de que un ciudadano pueda verse sentado directamente en el banquillo sin una decisión de apertura del juicio oral puede orillarse sobre la base de entender que la comparecencia ante el J de lo Penal tiene dos partes: una comparecencia no pública aún en la que se debate ante el J Penal la necesidad de nuevas diligencias y la apertura del juicio o el sobreseimiento y una segunda, ya pública, propiamente de juicio oral.

Escrito de defensa

El Letrado de la defensa tomará conocimiento de los hechos imputados y de la calificación jurídica de la acusación acordado el enjuiciamiento directo por el Juzgado, se le dará entonces traslado del escrito de acusación del Fiscal. El

Abogado deberá presentar su escrito de defensa directamente ante el Juez en el propio acto del juicio. Si comenzadas las sesiones del juicio, el Letrado no hubiere presentado su escrito de defensa, se entenderá que se opone a la pretensión de la acusación.

El problema práctico más grave lo suscita la forma en que se ha de hacer la proposición de prueba por el Letrado de la defensa. En principio, al verificarse la citación para el juicio deberá ser informado de la obligación de comparecer al acto con la prueba de que intente valerse, instándole a que traiga al juicio los testigos, peritos y documentación cuya aportación al debate considere pertinente para la defensa de los intereses del acusado.

No obstante, también deberá admitirse al Abogado la posibilidad de que se dirija al Secretario del Juzgado en solicitud de citación de testigos y peritos o de reclamación de documentos, lo que puede hacer en el escrito de calificación o en escrito distinto, siempre que lo haga con una antelación razonable respecto de la hora de comienzo de las sesiones del juicio.

Además, de otra parte, podrá interesar en el inicial turno de intervenciones que se ha de llevar a cabo en el inicio del juicio oral la proposición de pruebas o exponer lo que a su derecho convenga respecto a la posible vulneración de derechos fundamentales o inclusive formular la petición de suspensión del juicio oral para dar tiempo con ello a la realización de determinadas diligencias que hubiere interesado, lo cual no dista de lo que sucede con la tramitación de cualquier juicio oral en el procedimiento abreviado.

Infraestructura necesaria para la implantación del sistema

Para la implantación de un sistema de juicio directo no es indispensable establecer una importante infraestructura. El juicio se celebraría ante el Juez (el Juez de lo Penal, sin que deba hallarse necesariamente de guardia para celebrar el juicio), pero se habría evitado toda la fase de instrucción, y respecto de la fase intermedia, ésta se desarrollaría en el inicio de juicio oral en el turno de intervenciones en el que el juez podría acordar el archivo sin sentencia.

4. Reparto de funciones Fiscal-Juez de garantías

Fuera de los casos referidos en el anterior apartado, en los que cabe acudir directamente al escrito de acusación, el Fiscal habría de abrir unas diligencias de investigación para esclarecer los hechos y sus autores, expediente continuador del atestado cuando éste sea insuficiente o inexistente y consecuencia de

la denuncia que recibiera el Fiscal. En el mismo habría de practicar las diligencias para la investigación del hecho delictivo que procedieran, conforme a un reparto de tareas Fiscal-Juez de garantías (JG) que podría establecerse, a mi juicio, del modo siguiente:

- el Fiscal ha de tener competencia para efectuar todas las diligencias de investigación por sí mismo (autopsia, inspección ocular, recogida de muestras del lugar del delito o del cuerpo de una persona, acceso a datos financieros, rastreo de números o direcciones IP...) excepto solamente aquellas que por disposición o exigencia expresa de la CE, art. 18. 2 y 3 (lo que sucede solo en las intervenciones telefónicas y entradas y registros,) han de ser autorizadas por un Juez, que sería el JG. En ese sentido, las disposiciones legales vigentes que atribuyen al Juez Instructor y no al Fiscal instructor tales facultades deberían modificarse para otorgar la competencia para realizar todas esas actuaciones, excepto las dichas por imperativo de la CE, en adelante al Fiscal.
- el Fiscal podrá acordar detenciones y citaciones para recibir declaración, lo que no es nuevo.
- el Fiscal y la Policía podrán recibir declaraciones, debiendo establecerse mecanismos más flexibles que permitieran hacerlo incluso por vía telefónica o similar con tal de que quedara constancia fehaciente.
- el Fiscal ha de contar con todo tipo de acceso directo a registros o bases (antecedentes penales, adn, registro de víctimas, etc) y comunicación directa con determinados organismos para recibir informes (alcoholemia, lesiones, pericial de droga, etc).
- el Fiscal ha de poder decidir por sí el archivo de las Diligencias de investigación, su no continuación por no ser los hechos delictivos o por no contar con elementos de prueba suficientes. Además, el archivo podrá sustentarse en algunas otras causas anudadas a un amplio principio de oportunidad reglada (delitos bagatela, escasa gravedad, sistema de probation, imposición directa por el Fiscal de multas, amplio régimen de conformidades con paso directo a sentencia, etc). Esa decisión de archivo no ha de ser recurrible, a salvo su comunicación a la víctima y la posibilidad de ésta de reclamar ante otra instancia superior y supervisora dentro del Ministerio Fiscal la revisión de la decisión.
- el Fiscal al terminar la investigación, antes de solicitar la apertura del juicio oral, deberá dar traslado a la defensa para que ésta pueda solicitar diligencias. Sólo ante el rechazo de su práctica cabrá recurso ante el JG.

- el Fiscal habrá de interesar en el escrito de calificación la apertura del juicio oral al juez (Juez de lo Penal o AP) que haya de conocer del juicio, quien directamente lo denegará acordando el sobreseimiento o abrirá juicio y señalará día para el mismo, admitiendo o denegando las pruebas. Frente a la denegación de pruebas, en lugar de recurso será posible en fase de turno de intervenciones reiterar la necesidad de la prueba, incluso ofreciéndola en el acto, y cabría solo, ante su denegación, recurso frente a la sentencia de fondo.
- el JG es competente para acordar las diligencias de investigación que consistan en intervención de comunicaciones y registros domiciliarios.
- el JG es competente para acordar medidas cautelares personales o reales. Habría de establecerse un plazo (se sugiere el de 6 meses) de revisión sistemática de las situaciones de prisión provisional, mediante trámite por escrito ante el JG. En dicho trámite no sólo se controla la situación de prisión, los fines de la misma, el mantenimiento de los indicios, sino también la razón de no conclusión de la instrucción.
- el JG no debe conocer de la fase intermedia. Las decisiones sobre apertura del juicio o sobreseimiento han de ser, a mi juicio, competencia funcional del órgano enjuiciador y habrán de sustanciarse por escrito (como sucede en el sumario ordinario). Resulta una innecesaria dilación —y roza la pena de banquillo— que se celebre una vista, audiencia o juicio para saber si ha de celebrarse el juicio. La decisión no requiere vista pública y cabe que se adopte perfectamente tras un trámite escrito con apoyo en los escritos de acusación y defensa.

Los principios en que pretende inspirarse ese reparto funcional son los siguientes:

- No resulta procedente que el Fiscal en el curso de su investigación se vea precisado para todo tipo de decisión de paralizar ésta y acudir al JG. Se trata, el Fiscal, de una autoridad pública, sujeta, art. 2 LÉcrim, al deber de actuar con imparcialidad, recogiendo las pruebas de cargo y de descargo y cuyas actuaciones gozan de la presunción de autenticidad. O se confía en él o no, pero no tiene sentido atribuir la investigación al Fiscal si se recela del mismo hasta el extremo de recabar la presencia de un Juez de garantías para cualquier decisión de importancia.
- La tutela del investigado se garantiza en la medida en que: el Fiscal habrá de comunicarle desde el inicio la existencia de las diligencias de investigación, podrá aportar documentos o testimonios a lo largo de esta fase y se le concederá por el Fiscal un traslado del expediente antes de su conclu-

sión para que solicite diligencias, no tanto de pruebas que pudieran ser practicadas en juicio para rebajar o graduar su responsabilidad, sino de aquellas esenciales para acreditar la improcedencia de la apertura del juicio y la conveniencia de un sobreseimiento. Ello salvo que el expediente se declare secreto, en cuyo caso será decisión del Fiscal, que habrá de ser aprobada en plazo inmediatamente posterior por el Juez de garantías. El secreto no impedirá, una vez levantado, el traslado final antes referido.

- Forma de control sobre la omisión investigadora del Fiscal: A mi juicio la decisión de no continuar o archivar la instrucción ha de ser revisada en el seno del Ministerio Fiscal, por una instancia superior. Cualquier injerencia en la labor investigadora del Fiscal, en forma de acusación particular, más aún si proviene de la popular, o incluso del JG, interesando aquellos y decidiendo el JG si debe o no continuarse por el Fiscal con la investigación resulta anómala y contraria al sistema de reparto de competencias que se propone. La decisión del Fiscal de no investigar ha de ser revisada no por el JG sino, a instancia de la víctima y no de la acusación popular, en el seno de la propia Fiscalía (Servicio de inspección o cualquier instancia u órgano creado al efecto que, en caso de aceptar la queja del particular ante la no continuación de la investigación, nombrara otro Fiscal para continuar aquella investigación sin perjuicio de depurar las responsabilidades, si las hubiere, del primero). Si quien decide no instruir no asume por sí la postura contraria, resulta absurdo que desde fuera (por el JG) se le diga que ha de hacerlo, sencillamente no lo hará y se limitará a cubrir el expediente.

Para ello, entre las reformas institucionales o estructurales del Ministerio Fiscal, habría de crear un servicio de inspección o de revisión de decisiones en fase investigativa que fuera absolutamente independiente: al que se accediera por antigüedad y méritos, en un concurso de méritos reglado en el que fuera vinculante el informe del Consejo Fiscal o del órgano que se quisiera, bajo un estatus de imposibilidad de recepción de órdenes directas para un caso concreto, con un sistema de decisión colegiada en el caso de discrepancia entre el Fiscal que llevara el asunto y el Jefe de este servicio. En fin, se trata de incrustar en el seno de la Fiscalía un cuerpo de Fiscales ajenos al máximo posible a la injerencia política y encargados de decidir finalmente sobre la continuidad o no de una investigación.

5. Algunas cuestiones o reformas procesales que suscita la instrucción por el Fiscal

En cualquier sistema procesal que se adoptara —inclusive en el actual, es decir, aun manteniendo el Juez de Instrucción— existen determinadas cues-

tiones, en parte adelantadas en el esquema anterior, que merecen una revisión o puesta al día:

5.1. Principio de oportunidad

La idea de admisión del principio de oportunidad no implica en modo alguno la aceptación resignada de una brecha por la que se cuele una suerte o especie de arbitrariedad del Fiscal acerca de lo que investiga y de lo que no en aras de una decisión poco menos que confabulada con intereses políticos, sino que evoca la idea de que, en la dirección de la investigación de los hechos, sea conveniente que tenga el Fiscal amplias facultades para discernir una estrategia procesal que permita ofrecer salidas a la instrucción que no necesariamente pasen por la apertura del juicio o el archivo. Sin ánimo exhaustivo cabría contemplar varias posibilidades que puedan cumplir diferentes objetivos:

- No seguir adelante con la persecución de determinados delitos (bagatela, aun no prescritos pero cometidos hace mucho tiempo, la víctima no desea su persecución...).
- No perseguir, bajo determinadas condiciones (lo que estaría inspirado en el sistema de probation), a personas que han cometido su primer delito.
- Facultad de imponer el Fiscal una pena de multa directamente por determinados hechos. El proceso de aceptación de decreto se queda en este punto corto.
- Ofrecer y alcanzar conformidades; incluso en casos de reconocimiento de hechos tanto propios como de terceros y de ese modo no presentar cargos por otros hechos al colaborador.
- Permitir simplificar la estrategia de acusación en casos complejos. Me resulta muy gráfica la expresión KISS (*keep it simple, stupid*) que señalan los Fiscales estadounidenses encargados de las grandes causas económicas como regla no escrita de actuación a la que conviene ajustar su estrategia si no quieren morir por dispersión en la investigación o, después, ahogar en un mar de líos al jurado. Ello implica capacidad para orillar hechos cuando los que tengo acreditados bastan para una condena suficiente, o incluso (piénsese en el reciente pragmatismo de la Fiscalía en el caso Madoff) orillar la indagación de otros responsables si el principal decide asumir entera la responsabilidad de los hechos y poder así alcanzar una conformidad.

En los procesos muy complejos, por delitos generalmente económicos o de corrupción, entiendo que ha llegado el momento —propiciado por la reforma de las normas de conexidad, arts. 17 y ss reformados por la Ley 41/2015, de 5 de octubre— de que el Fiscal seleccione, de entre todos los complejos hechos de una trama, aquellos hechos parciales, sencillos y respecto de los que la prueba sea clara, de modo que permita su enjuiciamiento por separado y lograr así una respuesta penal más sencilla, sin la necesidad de que esta se produzca global pero tardíamente ante la necesidad de esperar a la conclusión del todo.

En fin, se trata de articular legalmente una serie de opciones que, bajo el principio de oportunidad, que sería reglada, confieran al proceso penal una suerte de lógica interna.

5.2. Acusación particular y popular

Bajo este epígrafe se acumulan decisiones de enorme importancia y que no sólo son exclusivas de un sistema basado en el Fiscal instructor. También, aun bajo un modelo de Juez de instrucción, cabría suscitar cuál haya de ser el papel del perjudicado o de cualquier ciudadano en el proceso penal —de hecho en la reciente doctrina del TS, casos Botín, Atucha e Ibarreche, se ha modulado ya, recortándolo, el papel tradicional de la acusación popular—.

La primera cuestión es ¿debe concederse al Fiscal el monopolio en el ejercicio de la acción penal? De no ser así, ¿a quién más se le concede esa legitimación? Y, ya en el modelo del Fiscal instructor, ¿cómo se hace posible articular la intervención en la instrucción de una acusación no pública?

A mi juicio debería mantenerse la posibilidad de actuación de la acusación cuando se ejerciera por el perjudicado por el delito, no en otros casos. Es decir, no se atribuiría un régimen de monopolio del ejercicio de la acción penal al Fiscal, pues se mantendría la acusación particular. La acusación popular no tendría cabida en un nuevo modelo.

Es imposible dejar de reconocer, repasando nuestra reciente historia judicial, que el peso de las acusaciones no públicas ha sido definitivo en causas de gran calado. He ahí un argumento muy sólido para mantener las acusaciones tal y como hoy rigen nuestro sistema.

Ahora bien, por el contrario, también sería preciso reconocer que constituyen incluso en todas esas causas el medio para convertir el proceso penal en un arma arrojadiza o en la prolongación de otros campos de batalla. El proceso penal pasa a convertirse en ese tipo de causas en un argumento o estrategia política que sirve a la lucha de poder.

No creo conveniente ni posible eliminar totalmente el ejercicio de la acción penal por los particulares. Toparía con el art. 125 de la Constitución. Pero sí estimo que sería posible, en la medida en que el art. 125 se refiere al ejercicio de la acción popular «en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine» limitarla y condicionarla de tal manera que quedara reducida al ámbito de los perjudicados por un delito.

Cierto que entonces, en aquellos otros delitos en los que no existe un perjudicado directo, perdería el vigor que en la actualidad tiene la acusación popular en determinados procesos. Reconozco que la supresión de la acusación popular cuenta con argumentos en contra, principalmente, por una parte, que nunca por la exclusiva voluntad de un acusador popular alguien puede sentarse en el banquillo. Siempre será necesario que un Juez independiente decida que esa acusación es razonable y que una Sala de justicia formada por tres magistrados haya avalado esa decisión si fue recurrida. Ahora bien, el ejercicio de la acción penal no puede ponerse indiscriminadamente en manos de cualquiera, menos cuando se multiplican los ejemplos de procesos penales usados como argumento de peso en otros ámbitos. Puede ser que, efectivamente, se pague con ello el peaje de la no persecución de determinados hechos, pero también dejará con ello de entenderse y vivirse culturalmente el proceso penal como un escalón más de cualquier debate y de utilizarse el proceso penal de modo abiertamente partidista.

Si se opta por el mantenimiento de la acusación particular, ¿cuál ha de ser la intervención de ésta en la instrucción?

La acusación podrá intervenir en la instrucción del Fiscal de modo similar a como lo hará la defensa: podrá aportar diligencias y documentos, se le dará comunicación inicial de la apertura de la investigación, se le dará traslado final para instar diligencias y podrá recurrir ante una instancia superior del Fiscal la decisión de archivo de éste.

Por otra parte, estimo que, a diferencia del estado actual de cosas, si una acusación particular se personara en el proceso penal, el Fiscal no debiera tener entonces legitimación sobre la responsabilidad civil derivada del delito, debiendo limitarse al ejercicio de la acción penal, no de la civil.

5.3. Testificales en instrucción, arts. 714 a 716 LECrim

El régimen de la declaración de los testigos en fase de instrucción (ante la Policía o ante el Fiscal) debería, modificando a tal efecto los arts. 714 a 716, conllevar lo siguiente:

- Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en la instrucción podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Juez o Tribunal invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe. En tal caso el Tribunal valorará ambas declaraciones y podrá apoyar la prueba en cualquiera de ellas.
- El vigente régimen legal hace difícil perseguir a alguien por falso testimonio.

Si bien es claramente comprensible la política legislativa que procura que el testigo que declara de modo falso tenga una salida, retractándose y diciendo la verdad, que redunde en favor de la idea de justicia y en la disminución del margen de error judicial, es decir: que si en el curso de su falsa declaración se retracta, reconoce que ha mentado y cuenta la verdad, no sea entonces posible acusarle de falso testimonio o la pena se vea muy rebajada. Así se explica la excusa absolutoria recogida en el CP en el art. 462 (que prevé que «Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado»).

Ahora bien, junto a ello el art. 715 LECrim, tal vez inspirado en ese mismo loable criterio, señala que «siempre que los testigos que hayan declarado en la fase de instrucción comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio». Lo que sucede es que, en la realidad práctica, ese art. 715 se traduce en la imposibilidad de perseguir a quien dice «blanco» en sede de instrucción y «negro» en el juicio, sin que quepa probar, ante las evasivas del testigo, que la mentira se produjo en una u otra sede procesal. Ello no tiene sentido. Ni tiene relación alguna con el supuesto que la excusa absolutoria pretende abrir. El art. 715 se erige así, irrazonablemente, en un obstáculo para perseguir a quien en diferentes momentos procesales va cambiando, en ocasiones más de una vez, a su antojo la versión de los hechos.

Por ello, respetando el supuesto de la excusa absolutoria —que pasaría por el reconocimiento del testigo de que hasta entonces había mentado— se hace preciso que quien altera caprichosamente las versiones en el plenario y en instrucción se entienda que con ello incurre en falso testimonio.

Por ello, una reforma del art. 715 debe permitir la persecución del falso testimonio por las declaraciones prestadas en fase de instrucción, bien porque no

se declaró en el plenario o bien porque en el mismo se declaró alterando la versión previa y sin reconocer la existencia de mentira en algún momento cuando fuere imposible que de ambas versiones no sea al menos una falsa.

- La previsión del art. 716 («El testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto. Si a pesar de esto persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la Autoridad») debe ser extensible a los testigos que comparecen ante el Fiscal (o ante la Policía cuando el Fiscal ha reclamado la práctica de tal declaración y se encarga materialmente de ello la Policía) en el seno de unas diligencias de investigación.

6. Conclusiones

He aquí algunas de las conclusiones que estimo de relieve:

- La jurisdicción penal funciona adecuadamente. Los problemas que presenta (lentitud, complejidad, reiteración de trámites, cuestiones de competencia...) no se ligan directamente con la existencia de un Fiscal o un Juez instructor.
- El debate sobre el modelo procesal penal es muy complejo, los sistemas procesales muy variados y la adopción de uno u otro ha de apoyarse más en datos empíricos que en la adopción de un modelo doctrinal y teórico. Una Ley de Bases parecería un sistema de trabajo adecuado.
- Se hace preciso simplificar el número de procedimientos penales. El juicio rápido ha de ser potenciado y debería articularse a modo de procedimiento en el que fuera posible citar directamente al juicio oral con el atestado. De otro lado, no tiene sentido la actual separación entre sumario y abreviado de única instancia. El jurado debe recibir una reforma que clarifique su ámbito competencial objetivo y por conexidad.
- El Fiscal instructor ha de tener amplios poderes.
- El principio de oportunidad, aun reglada, debe contar con un amplio campo.
- La celeridad en la investigación resulta esencial. Carece de sentido repetir en la instrucción lo hecho en un atestado o realizar lo que cabe llevar directamente al plenario.
- La intervención del Juez de garantías se exige sólo en los casos en los que constitucionalmente se precisa autorización judicial para determinadas di-

ligencias (intervención comunicaciones y entradas y registros domiciliarios) y para la adopción y control de medidas cautelares. No cabe un modelo de instrucción compartida o tutelada.

- La decisión de no investigar o concluir la investigación y archivarla que adopta el Fiscal instructor debe ser revisada en el seno de la propia Fiscalía (servicio de inspección u otra instancia superior creada al efecto, cuyo plus de independencia debiera contar con mecanismos específicos como por ejemplo la imposibilidad de recibir órdenes particulares referidas a un caso concreto).
- El ejercicio de la acción penal se debe residenciar en el Fiscal y en el perjudicado.
- La fase intermedia, es decir la decisión de apertura del juicio oral o sobreseimiento, corresponde, al igual que en el sumario, al órgano enjuiciador y se ha de tramitar por escrito.

En fin, si se decide otorgar al Fiscal la instrucción, hágase. Pero en tal caso es necesaria una premisa que pasa por la confianza en la institución del Ministerio Público para desarrollar plenamente esa labor. Si no se confía en el Fiscal será absurdo otorgarle la instrucción, más aún porque no tiene ni sentido ni eficacia una especie de investigación lastrada por una constante supervisión o tutela de un pseudoinstructor llámese Juez de garantías o como se quiera.

En todo caso, con la atribución al Fiscal de la instrucción se ganará en algunos aspectos del proceso, pero la duración de éste, es decir la celeridad de la justicia penal, no se ve directamente relacionada con la existencia de un Juez o de un Fiscal instructor.

IX COMUNICACIÓN

Problemas de la denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal*

Joan Picó i Junoy¹

1. Precisiones previas

Uno de los temas a los que he dedicado más atención es el de la prueba ilícita², y reconozco que estamos ante uno de los más complejos y difíciles de resolver pues entran en juego muchos intereses en conflicto. Por ello, las soluciones que indicaré deben medirse en sus justos términos y evitarse posturas radicales o maximalistas. Sinceramente creo que debemos «despolitizar» el debate jurídico, pues considero que un país no es más o menos democrático (o garantista) por el momento procesal en el que pueda denunciarse y resolverse el carácter ilícito de una prueba.

Estamos ante una materia que ha originado un profundo debate doctrinal pues, ciertamente, está mal resuelto por el art. 11.1 LOPJ, ya que da pie a diversas interpretaciones³. Un aspecto concreto de los problemas que plantea la prueba ilícita es el del momento procesal en el que pueda enjuiciarse en el proceso penal. Además, ha adquirido cierto protagonismo debido a recientes

* Este trabajo se inscribe dentro del Proyecto de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2013-43636-P, y de las actividades del Grupo de Investigación de la AGAUR en derecho probatorio 2014 SGR 438.

1. El Prof. Joan Picó Junoy es Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona).

2. 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*, edit. J.M^a Bosch editor, 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*, en «LA LEY», 1997, T.I, pp. 1871 a 1879; *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en «Justicia», 2005, 3-4, pp. 59 a 100; y *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras*, en «Justicia», 2009-2, pp. 99-156.

3. La consulta a cualquier base de datos bibliográfica nos dará luz sobre la docena de monografías y el centenar de estudios doctrinales sobre la prueba ilícita publicadas en España.

casos judiciales con trascendencia mediática, y a cierta polémica doctrinal⁴. En el fondo, se mantienen dos tesis diferentes sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita: la primera, según la cual, en el art. 11.1 LOPJ acoge un planteamiento anglosajón de la materia, al recogerse en ella una norma de 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 en 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.

Con carácter previo a plantear esta problemática y dar mi opinión personal sobre la misma, creo que es necesario insistir en el verdadero alcance de la prueba ilícita pues, ciertamente, la redacción del art. 283.3 LEC —de aplicación supletoria al proceso penal en virtud del art. 4 LEC— puede desenfocar el debate y ampliar sus consecuencias. Como he analizado en otros lugares, por prueba ilícita tan sólo puede entenderse 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 fundamental⁵. En consecuencia, como puede comprobarse, el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales, por mandato expreso de los arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC. Sin embargo, este claro panorama legislativo ha venido a oscurecerse por la literalidad del nuevo 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 —asumido por parte de la doctrina⁶ y jurisprudencia⁷—, ello no es así pues, propiamente, dicha norma sólo viene a recoger los criterios de

4. 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).

5. Así, cfr. *El derecho a la prueba ...*, ob. cit., pp. 365-367.

6. En esta línea, vid. MORENO CATENA para quien «por prueba ilícita debe entenderse toda aquella prueba obtenida o practicada con vulneración relevante de las normas legales, ya sean constitucionales o de legalidad ordinaria» (*Comentario al art. 287*, en «Proceso civil», edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2228); LÓPEZ SIMO, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, edit. La Ley, Madrid, 2001, pp. 93 y 94; y GARCIMARTÍN MONTERO, R., *Comentario al art. 282*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, coord. F. Cordón Moreno, J. Muerza Esparza, T. Armenta Deu y I. Tapia Fernández, edit. Aranzadi, Elcano, 2001, p. 1013.

7. Vid. la STS —Sala 1ª— de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1760).

admisión de pruebas⁸, por lo que 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 hemos 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 previsto⁹, 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. En mi opinión, el concepto limitado de prueba ilícita aquí expuesto es el que está 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. 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 prueba¹⁰. En definitiva, a diferencia de las pruebas ilícitas —por atentar un derecho fundamental— las ilegales —esto es, la obtenidas con infracción de ley— deben admitirse 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 C.E.). 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 L.O.P.J.)¹¹, observamos que el derecho a la prueba se encuentra constitucionalizado al

8. Como se deduce del propio enunciado que inicia esta norma: «Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», estamos ante los criterios de admisión de pruebas.

9. En este sentido se pronuncian también MARTÍN OSTOS, J., *Comentario al art. 283*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», coord. A. M^º. Lorca Navarrete, vol. II, edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1764; ASENCIO MELLADO, J.M., *Comentario al art. 283*, en «Proceso Civil Práctico», T. IV, coord. V. Gimeno Sendra, edit. La Ley, Madrid, 2001, pp. 1-48; y FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: *Comentario al art. 283*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. II, coord. M. A. Fernández-Ballesteros, J. M^º. Rifá Soler, y J. F. Valls Gombau, edit. Iurgium-Atelier, Barcelona, 2001, p. 1312.

10. Para una lectura crítica de esta opinión, vid. DE LA OLIVA, A.: *Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*, en «Homenaje a don Eduardo Font Serra», T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 96 a 100.

11. De los trabajos parlamentarios de la L.O.P.J. se desprende que el legislador restringió *ex processu* 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*, ob. cit., pp. 311 a 315).

máximo nivel, todo ello me conduce a la conclusión de que no existe interdicción del resto de las pruebas, esto es, las ilegales¹², sin perjuicio de exigir la correspondiente responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que ha realizado la ilegalidad.

Una vez determinado el verdadero alcance de la prueba ilícita estamos en condiciones de exponer los principales argumentos que sostienen las dos tesis principales referentes al tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal¹³.

2. La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal

2.1. Primera tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria

La configuración del art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria se sostiene, básicamente, en siete argumentos:

Primero: la ineficacia de la prueba ilícita

En la medida en que la prueba ilícita comporta la vulneración de un derecho fundamental debe ser considerada nula, esto es, ineficaz. Y si es ineficaz debe «purgarse» cuanto antes del proceso para evitar que siga produciendo efectos, máxime si tenemos en cuenta que estamos ante un vicio insubsanable. Y, además, estos efectos pueden incidir sobre otros derechos fundamentales, como el de la libertad, por cuanto un elemento incriminatorio ilícito no eliminado de la instrucción puede servir de base, por ejemplo, para que se ordene o se mantenga una prisión provisional.

Segundo: evitar el abuso del derecho o el fraude de ley

Con la presente tesis se evitar el abuso de derecho y el fraude de ley que se daría si sobre la base de una prueba ilícita se abre y mantiene —artificial e indebidamente— la instrucción de un proceso penal no se sabe por cuanto tiempo. Con ello estaríamos abusando del proceso y haciendo un fraude de ley.

12. Además, con anterioridad a la redacción de la L.O.P.J., 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.

13. Para ello, me basaré fundamentalmente en los artículos de José María Asencio Mellado y Vicente Gimeno Sendra expuestos en la 3.

Tercero: la protección indirecta de derechos fundamentales

Si bien es cierto que la exclusión de la prueba ilícita no tiene en España un fundamento constitucional —como sucede, por ejemplo, en Brasil o Colombia—, sí lo tiene de manera indirecta o medita por una doble vía: por un lado, como mecanismo de máximo respeto o protección del derecho fundamental vulnerado con la prueba ilícita, lo que conduciría a su inmediata exclusión; y por otro lado, para evitar que con su admisión se vulneren otros derechos fundamentales como el derecho a un proceso con todas las garantías o a la igualdad de armas procesales.

Cuarto: el art. 240 LOPJ

Si el juez instructor puede ordenar la nulidad procesal de una actuación según el art. 240 LOPJ por vulnerarse un derecho fundamental, es evidente que también puede hacerlo cuando la fuente de prueba así ha sido obtenida. Se introduce aquí un matiz importante para esta tesis, a saber, la diferencia entre fuente de investigación y medio de prueba, para insistir en que el juez instructor no admite o inadmite pruebas ilícitas sino solo elementos de investigación ilícitamente logrados, que es lo único que podría excluir.

Quinto: la doctrina del Tribunal Constitucional

En los estudios de ASENCIO MELLADO¹⁴ se recogen distintas resoluciones del Tribunal Constitucional de las que se deduce la validez de esta primera tesis. Así, entre otros argumentos, se considera que la tesis contraria supondría una solución antieconómica, esto es, una vulneración del principio de economía procesal: si la prueba ilícita fuese una mera cuestión valorativa y trasladable al juicio oral no tendría sentido que el TC, una vez declarada la ilicitud, ordenase retrotraer las actuaciones al momento anterior a la acusación para, en función de ello, valorar si hay prueba válida suficiente susceptible de mantener la acusación. Por ello, lo mejor, lo más razonable y lógico, sería excluir la prueba ilícita con anterioridad a la formulación de la acusación —y proposición de la prueba, que tiene lugar antes del juicio oral—.

Sexto: el art. 287 LEC

Para el proceso civil expresamente se ha establecido, en el art. 287 LEC, que las partes deben alegar la existencia de una prueba ilícita «de inmediato», lo que

14. Citados en la nota 3.

trasladado al ámbito del proceso penal debe entenderse como instrucción de la causa.

Séptimo: evitar el efecto psicológico de la prueba ilícita

Uno de los graves problemas que plantea la tradicional solución de permitir que sea el mismo juez sentenciador quien valore el carácter ilícito de una prueba es el denominado «efecto psicológico de la prueba ilícita». La prueba ilícita no puede ser tomada en consideración por el juez para formar su enjuiciamiento de los hechos, pero la simple declaración judicial de que no se han tomado en consideración los datos aportados por dicha prueba puede ser insuficiente, pues lo cierto es que el órgano jurisdiccional los habrá conocido y, aún inconscientemente, pueden influir en la formación de su convicción, máxime si tenemos en cuenta que, en la mayoría de los casos, la ilicitud en la obtención de la prueba no empece la certeza de los hechos que acredita. Es más, es muy probable que incorpore la realidad de los mismos, realidad que cuesta mucho obtener por vías legales lo que provoca que se acudan a métodos ilícitos. Así, el efecto psicológico de la prueba ilícita lo he definido como el reflejo indirecto que la prueba ilícita puede causar en el enjuiciamiento judicial de los hechos consistente en valorar inconscientemente los datos que la misma incorpora¹⁵. Y ello puede suceder en la medida en que se al juez se le obliga desechar toda la información que aporta la prueba ilícita, pero lo cierto es que habrá visto lo que no tenía que haber visto o habrá oído lo que no tenía que haber oído, y ello, inconscientemente, puede causar efecto en el enjuiciamiento final de los hechos litigiosos. La mejor solución a este problema de «contaminación procesal» es evitando que dicha prueba llegue a acceder al tribunal sentenciador.

Esta tesis, al margen del reconocimiento doctrinal¹⁶ y de cierta jurisprudencia, ha sido asumida por la Fiscalía General del Estado¹⁷ y también lo fue por el Borrador de Código Procesal Penal del gobierno del Partido Popular de 2013, en cuyo art. 13.4, tras recoger lo mismo que el actual art. 11.1 LOPJ establecía: «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». Finalmente, este plantea-

15. *El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*, en «Iuris», nº. 171, mayo, 2012, pp. 35 a 37.

16. Así, por ejemplo, vid. CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, edit. J. M^º. Bosch editor, Barcelona, 2014, p. 345.

17. Cfr. sus Circulares 1/1999, de 19 de diciembre; y 1/2013, de 11 de enero.

miento ha cristalizado en el nuevo art. 118.4 L.E.Crim., surgido de la LO 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 el que al regular el carácter confidencial de todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado ordena: «Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones».

2.2. Segunda tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria

La configuración del art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria igualmente puede fundamentarse, entre otros, en los siguientes seis argumentos:

Primero: la protección directa del derecho fundamental a la prueba

A diferencia de la primera tesis —que tiene un fundamento indirecto o mediato en los derechos fundamentales— ésta se basa directamente en la protección de un derecho fundamental, en concreto, el derecho a la prueba ex art. 24.2 CE. Este derecho, como lo definí en otro lugar, «es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional (sentenciador) acerca de lo discutido en el proceso»¹⁸, por lo que toda norma que limite la eficacia de este derecho debe ser interpretado de la forma más restrictiva posible. Por ello, el art. 11.1 LOPJ, al admitir dos lecturas (o tesis) la que menos limita la posible actividad probatoria ante el juez sentenciador es la segunda. En definitiva, el derecho a la prueba comporta la lógica expectativa o poder de llevar todas las fuentes probatorias logradas en la investigación de los hechos al juez sentenciador al objeto de convencerlo sobre la realidad de tales hechos, por lo que el juez instructor no puede entrometerse en esta competencia de dicho juez.

Segundo: vigencia de la lectura germánica del art. 11.1 LOPJ

El art. 11.1 LOPJ, con su «no surtirán efecto» ha venido a consagrar la doctrina germana de la exclusión de la valoración de la prueba inconstitucionalmente

18. *El derecho a la prueba ...*, ob. cit., pp. 19-19.

obtenida, y de ahí la necesidad de aplicar también la doctrina germana de la «teoría de la conexión de antijuricidad» entre la prueba ilícita y el resto de prueba derivada de ella.

Tercero: Evitar la invasión de competencias del juez instructor

Como es sabido, la LECrim expresamente no prevé o faculta al juez instructor a declarar la nulidad de una prueba ilícita. O dicho de otro modo, no es función del juez instructor valorar fuentes de prueba ni expulsar de su investigación las presuntamente ilícitas, sino simplemente, de acuerdo con su art. 299, investigar y recabar todos los elementos de investigación posibles para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes.

Cuarto: la doctrina del Tribunal Constitucional

En los estudios de GIMENO SENDRA¹⁹ se recogen distintas resoluciones del Tribunal Constitucional que sostienen esta tesis²⁰, e incluso, menciona sentencias del Alto Tribunal utilizadas por ASENCIO MELLADO pero que interpreta de manera diferente lo que le permite fundamentar la tesis contraria. Con ello se evidencia que estamos ante un problema todavía no resuelto de manera clara y rotunda ni por el Tribunal Supremo ni por el Tribunal Constitucional.

Quinto: el art. 287 LOPJ

Para el proceso civil el art. 287 LOPJ prevé expresamente el tratamiento procesal de la prueba ilícita, y si bien establece que las partes deben denunciar su existencia «de inmediato», ello sólo tiene lugar una vez la prueba haya sido «admitida»²¹, por lo que en el proceso penal, al admitirse la prueba ante el juez sentenciador, éste es quien debe enjuiciar su carácter ilícito. Además, para el proceso civil, la discusión de la ilicitud de la prueba se ha previsto al inicio del propio acto del juicio, esto es, en el momento procesal de práctica de la prueba, y no un trámite previo como podría ser la audiencia previa, esto es, cuando se discute la admisibilidad de la prueba, motivo por el cual, aplicando este razonamiento al proceso penal también debería ser el acto del juicio oral el adecuado para discutir la ilicitud de la prueba.

19. Citados en la nota 3.

20. Y que para evitar reiteraciones me remito a ellas.

21. Recordemos que según esta norma: «1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba *admitida* se han vulnerado derechos fundamentales ...».

Sexto: la motivación de la sentencia como mecanismo para evitar el efecto psicológico de la prueba ilícita

Para esta segunda tesis, si bien considera que en teoría es posible pensar que la declaración judicial de una prueba ilícita por parte del propio juez sentenciador podría provocar cierto prejuzgamiento, entiende que en la práctica el deber constitucional de motivar las sentencias es suficiente garantía para controlar que dicha prueba no surta efecto alguno.

Esta tesis, al margen del reconocimiento doctrinal²² y de cierta jurisprudencia, fue asumida por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del gobierno socialista de 2011, en cuyo art. 544 —de forma similar al art. 287.1 LEC— previó expresamente un incidente previo al inicio del juicio oral donde discutir la ilicitud de la prueba²³.

3. Opinión personal: *in medio virtus*

Como dije al inicio de este trabajo, estamos ante un tema especialmente complejo en el que entran en juego diversos intereses en conflicto, lo que me dificulta una rígida toma de posición, máxime teniendo en cuenta mis estudios previos sobre materias conexas con la ilicitud de la prueba: por un lado, en mi tesis sobre el derecho fundamental a la prueba, sostuve —y todavía mantengo— que siempre debe hacerse una lectura de la ley que permita la máxima actividad probatoria ante el juez sentenciador, esto es, aquella que menos cercene a los litigantes su derecho a la prueba²⁴, lo que me llevaría a sostener la segunda tesis. Pero, por otro lado, en mi monografía sobre el principio de la prueba fe procesal, sostuve —y también sigo manteniendo— que la actuación maliciosa —esto es, inaceptable— de las partes —que la diferencia de la admisible estrategia defensiva— se caracteriza por la vulneración de un derecho fundamental²⁵, y esto es precisamente lo que sucede con la prueba ilícita, lo que me conduciría a mantener la primera tesis.

Probablemente, como dirían los clásicos, *in medio virtus*, lo que me conduce a buscar una solución de equilibrio entre ambas tesis que puedo sintetizar en

22. Así, por ejemplo, vid. BARONA VILAR (en AAVV), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 21ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 315-316.

23. Así, el art. 543 establece: «1. 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»; el art. 544 prevé la impugnación de la prueba ilícita que puede dar lugar a la celebración de una vista previa al juicio oral regulada en el art. 545.

24. *El derecho a la prueba ...*, ob. cit., p. 158.

25. *El principio de la buena fe procesal*, 2ª edición, editorial J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2013, pp. 357-358.

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.

X

ACTO DE CLAUSURA

En el acto de clausura intervinieron el Prof. Dr. D. Vicente Pérez Daudí, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, Secretario y Director de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, y el Prof. Dr. D. José María Roca Martínez, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo y Decano de su Facultad de Derecho.

Abrió el acto el Decano de la Facultad dando la palabra al Prof. Pérez Daudí, en su condición de Secretario y Director de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez. Dejó constancia del agradecimiento, en nombre de la Fundación, al Prof. Gómez de Liaño por haber ofrecido Oviedo como sede de estas Jornadas, a la Universidad de Oviedo por asumir el ofrecimiento y al Prof. Roca Martínez como Director de las mismas, así como a todos los ponentes y participantes; para concluir, reprodujo un video reseñando brevemente la trayectoria profesional de D. Manuel Serra.

José M^a Roca, tras destacar la emotividad del breve video reproducido, puso de manifiesto la trascendencia de la figura del Prof. Serra para el área de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, en la que, pese al poco tiempo en que D. Manuel desempeñó la Cátedra, puede decirse que hubo un antes y un después; no solo por las ya referidas tesis doctorales defendidas por los profesores Ramos Méndez y Gómez de Liaño, sino muy especialmente por la actualización del fondo bibliográfico, fácilmente identificable por su **sello verde**. Como importante fue la incorporación entonces, también por mediación de D. Manuel, del Prof. Sandalio Álvarez de Linera, bajo cuya docencia habrían de pasar desde ese año 1972 todos los que pretendieran licenciarse en Oviedo. Para la Universidad de Oviedo, para su Facultad de Derecho y para el área de Derecho Procesal ha sido un auténtico honor poder organizar las Jornadas y rendir un sencillo y sincero homenaje al Prof. Serra Domínguez.



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., *La 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. (Director), *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.